



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla:
excepcionalidad jurídica y derecho administrativo del
enemigo

Bruno Vendramin

Tutor: Dr. Antonio Giménez Merino

Máster en Estudios Jurídicos Avanzados 2018/2019

Facultad de Derecho

Universidad de Barcelona

Resumen

El presente trabajo de fin de máster analiza las devoluciones sumarias producidas en las ciudades de Ceuta y Melilla, plazas soberanas españolas ubicadas en territorio marroquí. La administración española, a través de la Guardia Civil, ha generalizado la práctica de expulsar a inmigrantes de hecho y sin observar procedimiento administrativo alguno. En 2015, fecha en que entró en vigor la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana, se otorgó estatuto legal a las devoluciones mediante la Disposición Final Primera, titulada “Régimen especial de Ceuta y Melilla” y, con ello, se modificó la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Sin embargo, el período analizado transcurre desde el 2005 hasta la actualidad, puesto que en ese año las devoluciones ya se habían convertido en una práctica continua y habitual. En este tipo de actuaciones, la administración española asume una lógica securitaria mediante la producción de un estado de excepción de facto y ejecuta prácticas policiales y administrativas que son justificadas por el peligro que portan los inmigrantes, calificados como enemigos. La investigación tiene por objetivo mostrar cómo las expulsiones en caliente constituyen un supuesto de derecho administrativo del enemigo.

Índice

Introducción	7
Capítulo I. Excepcionalidad y derecho penal en el contexto contemporáneo	11
1. La excepcionalidad como expresión actual del derecho	11
1.1. La concreción teórica del estado de excepción	11
1.2. La normalización de la excepción en los regímenes jurídicos contemporáneos	13
1.3. Estado de excepción y transformaciones actuales de la soberanía	19
2. Derecho penal de excepción: el derecho penal del enemigo	23
2.1. Orígenes teóricos del concepto y rasgos evolutivos.....	23
2.2. El derecho penal del enemigo. Definición. Características	25
2.3. Recepción actual de la excepcionalidad penal.....	29
Capítulo II. Del derecho penal del enemigo al derecho administrativo del enemigo...	33
1. El derecho penal en la gestión de flujos migratorios	33
1.1. La construcción del binarismo ciudadano/enemigo en las políticas migratorias: el inmigrante como sujeto peligroso.....	33
1.2. La aplicación del poder punitivo en los flujos migratorios. ¿Estado de derecho o derecho de excepción para los inmigrantes?	37
1.3. La expulsión como medida prioritaria de control de la inmigración irregular	42
2. Del derecho penal del enemigo al derecho administrativo del enemigo	46
2.1. La relación entre derecho penal y derecho administrativo bajo el modelo securitario .	46
2.2. La polémica en torno al derecho administrativo del enemigo	51
2.3. El derecho administrativo del enemigo: concepto, presupuestos metodológicos y características.....	53
Capítulo III. Las devoluciones sumarias en las fronteras de Ceuta y Melilla: un supuesto de derecho administrativo del enemigo	57
1. Las devoluciones sumarias o “expulsiones en caliente” en Ceuta y Melilla.....	57
1.1. El contexto: política migratoria española (2004-2019). La externalización de las fronteras. El caso de Marruecos.....	57
1.2. Las devoluciones sumarias de Ceuta y Melilla. Concepto. Casuística	60

1.3. Justificación del Gobierno español: el concepto operativo de frontera	65
2. Régimen legal y hermenéutica judicial de las expulsiones en caliente.....	72
2.1. La Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015 modificatoria de la Ley de Extranjería 4/2000	72
2.2. Sentencia <i>N.D.</i> y <i>N.T. contra España</i>	81
2.3. Derecho de excepción: las devoluciones sumarias como un supuesto de derecho administrativo del enemigo	84
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	95

Introducción

En los últimos años, se ha vuelto un lugar común en la prensa española e internacional las imágenes de cientos de inmigrantes que intentan saltar las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla, plazas de soberanía española ubicadas en territorio marroquí y únicas fronteras terrestres de la Unión Europea (en adelante, UE) con África. Frente a estos intentos, la Guardia Civil española parece haber generalizado la práctica de devolver a los inmigrantes de manera inmediata y sin observar procedimiento administrativo alguno. Legalmente denominadas “rechazos en frontera” y públicamente conocidas como “devoluciones sumarias”, “expulsiones en caliente” o “exprés”¹, en la mayoría de los casos los inmigrantes una vez devueltos son sometidos a graves violaciones en su integridad física por las fuerzas de seguridad de Marruecos o por mafias dedicadas al tráfico de personas.

El Gobierno español ha justificado estas actuaciones bajo el concepto “operativo de frontera.” Ello significa que solo se entraría en territorio español si se superan las dos vallas existentes en Ceuta y las tres en Melilla. Al rechazar a los inmigrantes, precisamente, antes de superar ambas vallas, el Gobierno se asegura de que no se ha producido ninguna entrada efectiva, política con la que logra sortear los procedimientos administrativos establecidos en la legislación de extranjería. Asimismo, el 01 de abril de 2015 entró en vigor la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC), titulada “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, que otorga un estatuto normativo a las devoluciones y materializa el concepto operativo de frontera. Esta disposición modificó la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX).

El Consejo de Europa ha solicitado a España en reiteradas ocasiones que cese con las devoluciones. No obstante, el país ha desoído estas exhortaciones. Por su parte, en octubre de 2017, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se pronunció sobre la cuestión en la sentencia *N.D. y N.T. contra España*, en la cual determinó, por unanimidad, que las expulsiones con las características descritas son ilegales. El Gobierno, además de seguir con esta práctica durante 2018, interpuso un recurso a dicha sentencia, que se

¹ A lo largo de la investigación se utilizarán como sinónimos “devoluciones en frontera”, “expulsiones en caliente”, “sumarias” o “exprés”, puesto que todas las expresiones remiten a un mismo significado.

encuentra bajo estudio en la Gran Sala del TEDH (por lo que prontamente se conocerá su última palabra).

El objeto de la presente investigación son las devoluciones sumarias realizadas en Ceuta y Melilla desde el 2005 hasta el presente.² Su justificación está dada, en primer lugar, por la inevitable actualidad del asunto: las expulsiones en caliente son una práctica habitual y consolidada en la política inmigratoria española ejecutada en la Frontera Sur. Así es destacado por numerosos informes de organizaciones independientes y continuamente en medios de prensa informativos. Al mismo tiempo, el problema se inscribe en un panorama mayor que trasciende los confines nacionales y abre, a su vez, un vasto campo de investigación hacia el futuro: además de que las devoluciones vulneran los derechos humanos de los inmigrantes, España –se sostendrá aquí– no podrá resolver la inmigración irregular con políticas de carácter policial que tienen como objetivo el blindaje y la impermeabilización de sus fronteras exteriores.

En segundo lugar, en un mundo tan desigual como el presente, parece plausible anclar la reflexión jurídica en la comprensión de los problemas concretos de cada época. En este sentido, la tarea a la que se dedican las ciencias humanas parece irremediablemente implicada en el “destino del propio tiempo”, como ha escrito Giacomo Marramao, por lo que su “subjetividad está comprometida en el presente por el padecimiento del peso y las lógicas necesarias.”³ En efecto, el filosofar jurídico –al menos aquel con intencionalidad emancipadora– no escapa de este problema, por tanto, debe partir de los problemas más urgentes de las experiencias colectivas, y lo tiene que hacer desde una postura determinada. En el trabajo se asumirá una perspectiva crítica del estado de cosas existente, visto que en las expulsiones en caliente prevalecería una no aplicación de las garantías del derecho o, más precisamente, la aplicación continuada de un derecho de excepción.

El marco teórico adoptado en la investigación está constituido por la teoría del estado de excepción –corriente de pensamiento que, en los últimos años, ha generado una abundante producción intelectual y cuyo principal referente en la filosofía política contemporánea es

² En la investigación no se tratarán las devoluciones de menores no acompañados (MENA) ocurridas en Ceuta y Melilla.

³ Marramao, Giacomo, *La pasión del presente. Breve léxico de la modernidad-mundo*, Gedisa, Barcelona, 2011, p. 15.

Giorgio Agamben– en conexión con el derecho administrativo del enemigo. Esta categoría, que toma su nombre de la doctrina del derecho penal del enemigo y que cuenta con un sólido desarrollo teórico, es novedosa y, tanto en el ámbito del derecho penal como administrativo, no abundan los estudios ni discusiones que la desarrollen en todas sus implicaciones. No obstante, recientemente algunos autores como Javier de Lucas, Eduardo Melero Alonso, Miguel Ángel Presno Linera o Ricardo Rivera Ortega han utilizado la expresión para explicitar una serie de manifestaciones de la faz punitiva de la administración pública.

Los objetivos de la investigación se mueven en tres niveles interrelacionados. El primero es describir y explicar, desde una perspectiva empírica y en todas sus manifestaciones –leyes, actuaciones materiales de las fuerzas de seguridad, actos administrativos, discursos de los sujetos implicados y decisiones de los Tribunales– el conjunto de procesos que llevan tras de sí las expulsiones en caliente. El segundo objetivo es determinar si en las fronteras de Ceuta y Melilla existe un espacio de excepción, en el sentido de la suspensión o no de las garantías propias de un Estado constitucional de Derecho como lo es España. El tercer objetivo es verificar la utilización de la doctrina del derecho penal del enemigo en el ámbito del derecho administrativo. Con estos tres objetivos, la hipótesis que se argumentará es la de considerar las devoluciones sumarias como un caso o supuesto de derecho administrativo del enemigo que se desarrolla en una estructura que comparte algunos de los presupuestos del estado de excepción.

Por la actualidad y el aspecto práctico del objeto, al lado del análisis del discurso estatal, se utilizarán informes elaborados por organizaciones no gubernamentales, dado que en ellos se encuentran valiosos materiales, tales como datos, pruebas documentales, declaraciones y reportajes, como así también notas de prensa de medios de comunicación españoles e internacionales. Respecto al período temporal a analizar, sólo se tomarán las expulsiones realizadas desde 2005, en que se convirtieron en una práctica regular. Aunque desde fines de los años noventa se producen devoluciones, hasta 2005 se tratan de casos aislados y escasos. En cambio, durante los meses de septiembre y octubre de 2005 aumentaron de forma considerable el número de inmigrantes que intentaron cruzar por Ceuta y Melilla, lo que produjo que ambas fronteras se situasen rápidamente bajo el foco de la prensa española e internacional.

La investigación se estructura en tres partes: en la primera se examinará la configuración del derecho en la globalización, ya que en muchas ocasiones éste asume la forma de la excepción. En este sentido, se prestará una particular atención al derecho penal del enemigo (y a la doctrina que lo sustenta). En la segunda parte, se estudiará la aplicación del derecho penal en la gestión de los flujos migratorios, concretamente en una de sus manifestaciones: la calificación de los inmigrantes como una amenaza, que se materializa en el binomio ciudadanos/enemigos. A propósito de esto, se analizará el trasvase de categorías del derecho penal del enemigo al derecho administrativo, que es lo que ha originado la irrupción de un derecho administrativo del enemigo.

En la tercera y última parte, se observará específicamente el problema de las devoluciones sumarias de Ceuta y Melilla. En primer lugar, se contextualizará la política migratoria española desde 2004 hasta la fecha. Se explicará qué son las devoluciones sumarias, qué características revisten y la justificación esgrimida por el Gobierno español para realizar estas prácticas. En segundo lugar, se considerarán las expulsiones en caliente desde el punto de vista del contexto normativo y judicial en que se enmarcan. Finalmente, se efectuarán dos tareas íntimamente vinculadas: se contrastará si es válido encajar la casuística de Ceuta y Melilla dentro del marco de un espacio de excepción en el cual ciertos derechos de los inmigrantes son negados por el poder gubernamental y se justificará por qué las devoluciones constituyen un caso de derecho administrativo del enemigo. Por último, en la conclusión, se sintetizarán los resultados generales de la investigación y se esbozarán perspectivas futuras acerca de las devoluciones sumarias.

Capítulo I. Excepcionalidad y derecho penal en el contexto contemporáneo

1. La excepcionalidad como expresión actual del derecho

1.1. La concreción teórica del estado de excepción

Desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 (en adelante, 11-S) y la crisis financiera de 2008, la categoría “excepción” ha adquirido un estatuto principal en la configuración del derecho y la política global, puesto que pareciera que el mundo vive en permanente estado de emergencia. En efecto, esta condición ha sido esgrimida por gobiernos e instituciones internacionales para impulsar y dictar una serie de políticas que restringen de manera considerable el contenido de los derechos y libertades individuales y, en ocasiones, reducen al mínimo el aspecto democrático en los procesos de tomas de decisiones. Por otra parte, la categoría ha sido utilizada por autores como herramienta analítica para describir y explicar un conjunto de fenómenos jurídicos, políticos y económicos de difícil encaje en la normalidad democrática, por lo que el término ha sido colocado en el centro de la filosofía política contemporánea, sobre todo en su vertiente continental.

En esta instancia, como se dijo en la introducción, se trabajará sobre la teoría de Giorgio Agamben acerca del estado de excepción, pues, además de ser una referencia difícil de soslayar si se proyecta reflexionar sobre el asunto, contiene hipótesis apreciables sobre el modo de aplicación del derecho en la globalización, aunque sus enunciados no estén exentos de problemas. Con este supuesto, se reconstruirán las ideas que permiten sostener el por qué los órdenes jurídicos son susceptibles de interpretarse bajo el prisma de la excepción para, seguidamente, presentar una crítica a dicha categoría, a los fines de valorar su potencia interpretativa y sus límites. En el apartado segundo, se ingresará en el análisis de la doctrina del derecho penal del enemigo, en tanto ámbito específico en el que se manifiesta con especial intensidad la excepcionalidad.

Previo al estudio de la definición, alcance y consecuencias del término, es necesario realizar dos aclaraciones: en primer lugar, por qué Agamben escoge utilizar dicha categoría, dado que las elecciones nunca son neutrales. Así, descarta de manera deliberada el uso de

conceptos como estado de necesidad, estado de sitio o derecho especial, puesto que éstos, en su opinión, están inevitablemente vinculados a situaciones de guerra. Las situaciones bélicas son insuficientes e inadecuadas para desvelar la naturaleza de la serie de actos que se propondrá explicar. Estado de excepción es un “término técnico”⁴, originariamente construido en el derecho alemán (*Ausnahmezustand* o *Nonstand*) y cuyos contornos fueron definidos y trazados por Carl Schmitt. La segunda proposición previa que es necesario dilucidar es la relación del estado de excepción con la noción de soberanía que conduce, justamente, al pensamiento jurídico de Schmitt.

La teoría de Agamben recoge la concepción schmittiana del estado de excepción. El núcleo central de la misma es la soberanía. Según Schmitt, “soberano es quien decide sobre la excepción.”⁵ Existe una relación estructural y constitutiva entre ambos conceptos: la soberanía, pues, está fundada en una excepción. Para Schmitt, el derecho no se deriva de una norma sino de una decisión individual e inapelable del soberano. Esta idea provoca una consecuencia singular, que más adelante se someterá a discusión: la autonomía de lo político. El soberano no rinde cuenta ni es responsable ante la ley ni ningún otro poder, ya sea jurídico, moral, económico o religioso. Como apunta Roberto Esposito, la lógica del planteamiento schmittiano se somete a la máxima del “deber fundar sin ya poder ser fundado. Deber fundar en ausencia de fundamento.”⁶ Ahora bien, Agamben señala que el funcionamiento de la soberanía está anclado en una paradoja, que se enuncia de la siguiente manera: “el soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico.”⁷ En última instancia, el soberano decide y declara el estado de excepción, por lo que está afuera del orden jurídico pero, al mismo tiempo, dentro, dado que él es el responsable de tal decisión.

Hechas estas aclaraciones, Agamben entiende que el estado de excepción se configura cuando el derecho es detenido, indeterminado, neutralizado y suspendido: es un espacio “vacío de derecho, una zona de anomia en que todas las determinaciones jurídicas son desactivadas.”⁸ Con ello, se genera un espacio de anomia instalado que “no está (o, por lo

⁴ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, Pretextos, Valencia, 2004, p. 13.

⁵ Schmitt, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 13.

⁶ Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2012, p. 119.

⁷ Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pretextos, Valencia, 2016, p. 27.

⁸ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción, Homo sacer II, I*, ob. cit., p. 75.

menos, pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico.”⁹ Lo particular del estado de excepción es que, en términos estrictamente formales, el derecho continúa manteniendo su vigencia: “la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor.”¹⁰ De igual modo, no se configura ni por fuera ni por dentro del ordenamiento jurídico: es una *tierra de nadie* donde no es posible determinar qué es hecho y qué es derecho, qué está fuera y qué adentro, dónde se encuentra la norma y dónde la excepción.

Bajo este orden de ideas, el filósofo romano tiene como objetivo comprender la estructura oculta y fundamental del funcionamiento de los sistemas jurídicos occidentales. La excepción es la forma originaria del derecho, visto que éste encuentra su fundamento en una “*exceptio*, en una inclusión de la vida humana en la forma de nuda vida.”¹¹ Con este supuesto, se dedica a construir una teoría general del estado de excepción. En este sentido, para Agamben el “espacio de excepción”¹² por excelencia de Occidente es el campo de concentración, toda vez que éste se “abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en la regla.”¹³ El fundamento jurídico del campo es la proclamación del estado de excepción. En este lugar, la excepción adquiere su más alto significado, por la razón de que se funda y establece de manera nítida, como en ningún otro lugar, el poder soberano.

1.2. La normalización de la excepción en los regímenes jurídicos contemporáneos

Definida la categoría, ahora es momento de interpretar cómo se ejerce la lógica de la excepción en los ordenamientos jurídicos. En este punto, la teoría de Agamben pretende, además de comprender el funcionamiento de los sistemas jurídicos occidentales, explicar el estado actual del derecho. Agamben argumenta que el estado de excepción es “el paradigma dominante en la política contemporánea.”¹⁴ Desde la guerra preventiva instaurada por Estados Unidos luego de los hechos del 11-S contra el terrorismo y, como dijo el por entonces presidente norteamericano en una arenga el 29 de enero de 2002, ante la existencia de un “eje del mal”¹⁵ compuesto por determinados Estados y aliados terroristas, Occidente, según este

⁹ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 49.

¹¹ Agamben, Giorgio, *El uso de los cuerpos. Homo sacer IV*, 2, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2018, p. 468.

¹² Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, ob. cit., p. 217.

¹³ *Ibíd.*, p. 215.

¹⁴ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1, ob. cit., p. 11.

¹⁵ Disponible en <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html>.

discurso, se enfrenta a un enemigo que amenaza la paz, la seguridad y la libertad. Después de los atentados del 11-S, el presidente norteamericano proclamó el estado de emergencia nacional (*Proc. 7463, Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*).

Por otra parte, la guerra contra el terrorismo rehabilitó la teoría de Carl Schmitt sobre el amigo y enemigo, por la potestad de definir a un enemigo que conlleva dotar de contenido político a una categoría abstracta, vaga y polisémica como es la de terrorismo. En este contexto, el presidente de los Estados Unidos cumpliría la función de “guardián schmittiano del orden mundial.”¹⁶ El predominio directo de Estados Unidos sobre los países europeos se cristalizó en varios aspectos: en primer lugar, la ONU aprobó, de manera unánime, la resolución 1373, bajo la demanda de Estados Unidos, la que instaba a los países a diagramar, organizar y ejecutar planes y acciones contra el terrorismo, demanda que más de treinta Estados cumplimentaron incluyendo delitos de terrorismo en sus Códigos Penales, que antes no tenían. Por esta razón, como ha apuntado José Luis Gordillo, en las nuevas codificaciones “se entremezclan un derecho penal del hecho y un derecho penal de autor.”¹⁷ Por otra parte, se determinaron sendos casos de vuelos estadounidenses que trasladaban detenidos ilegales y torturados que hacían escala en aeropuertos de la UE.¹⁸

En el nuevo contexto internacional, que ha asumido una filosofía de la seguridad global, el derecho a la seguridad ha cobrado una prioridad indiscutible y ha relegado a la libertad a segundo plano. Si la dialéctica libertad-seguridad ha trazado, desde Hobbes en adelante, uno de los itinerarios de la filosofía política moderna, en el presente se ha decantado decididamente por la seguridad, puesto que ésta parece haber adquirido un valor autónomo. Ello provoca que el derecho se centre preferentemente en la prevención de los riesgos como sistema de control social y, de manera secundaria, en la protección de bienes jurídicos. La

¹⁶ Gordillo, José Luis, “Leviatán sin bridas. Sobre la demolición controlada de las instituciones mentales que limitan el uso estatal de la fuerza”, en Estévez Araujo, José A. (Ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 86. La expresión hace alusión a la conocida polémica que mantuvieron Schmitt y Kelsen sobre el defensor o “guardián” de la Constitución.

¹⁷ Gordillo, José Luis, “Globalización, terror, derechos”, en *Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría*, Trotta, Madrid, 2008, p. 87.

¹⁸ Portilla Contreras, Guillermo, “El regreso del concepto seguridad del Estado como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.UU.”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 43, 2009, pp. 98-99.

consecuencia inevitable del crecimiento de la seguridad es una mayor restricción de la libertad. La asunción de la seguridad como entidad autónoma, en opinión de Guillermo Portilla Contreras, conduce “a la identificación entre el Derecho penal y el Derecho policial.”¹⁹

Ahora bien, como aprecia Jean-Claude Paye, en este discurso securitario habita una paradoja: se sancionan leyes, decretos y actos administrativos con carácter de urgencia pero que, en definitiva, son para una “guerra de largo recorrido contra el terrorismo.”²⁰ Con ello, el estado de excepción se colocaría ya no como transitorio y pasajero, sino como una nueva forma de régimen político. Las medidas excepcionales tienden a adquirir el carácter de permanentes una vez desaparecidas las amenazas terroristas. Un ejemplo de ello es la *Usa Patriot Act* – como se explicará más adelante, es uno de los arquetipos de legislación de excepción–, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos en octubre de 2001 y que se modificó recién en 2015 con la entrada en vigor de la *Usa Freedom Act*.

Según Agamben, el derecho público carece en la actualidad de una teoría sobre el estado de excepción.²¹ En efecto, diseñar las bases de una teoría deviene una condición preliminar para definir la relación que liga a las personas con el derecho y cómo se aplica éste por medio de la suspensión. Así pues, esta teoría tendría como objetivo principal analizar cuándo estamos ante el ejercicio de un Estado constitucional de Derecho y cuándo frente a actuaciones estatales de emergencia. Hecho que, al mismo tiempo, comporta otro problema: la declaración o no, en sentido técnico mediante una decisión gubernamental, del estado de excepción. En este sentido, Agamben apunta que la “creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico)”²², constituye una de las prácticas cotidianas de los Estados contemporáneos.

El adjetivo “eventual” es de suma importancia, pues permite interpretar una serie de ejercicios, prácticas y técnicas políticas, militares, policiales y administrativas que comparten ciertas características con los que se ejecutan en un estado de excepción, pero, en el plano

¹⁹ Portilla Contreras, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 57.

²⁰ Paye, Jean-Claude, *El final del Estado de Derecho. La lucha antiterrorista: del estado de excepción a la dictadura*, Hiru, Guipúzcoa, 2008, p. 10.

²¹ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, ob. cit., p. 9.

²² *Ibíd.*, p. 11.

estrictamente formal, sin una declaración de tal estado que las justifique. En determinados contextos, se generalizarían y normalizarían prácticas de excepción sin reconocimiento alguno por parte de los Estados. Así, en opinión de Agamben la declaración del estado de excepción se sustituye por una generalización “del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno.”²³ En esta dirección, Gordillo ha señalado que si el único criterio

[...] del que se dispone es si ha habido o no una declaración oficial del estado de excepción, entonces estamos indefensos, teóricamente hablando, ante políticas que tienen unas consecuencias prácticas similares en todo lo que se refiere a la suspensión de derechos, pero que se aplican sin declaración oficial por meras razones propagandísticas.²⁴

Por esta razón, conviene hablar de “espacios de excepción”²⁵ o, como dice Portilla Contreras, “áreas en las que desaparece el Derecho”²⁶ o, por último, para utilizar una expresión de Juan Ramón Capella, “estado de excepción atenuado personalizado”²⁷, para describir la situación en la cual ciertos derechos y libertades, no todos, son suspendidos temporalmente por el poder gubernamental. Ejemplos de espacios de excepción serían la cárcel de Guantánamo y Abu Ghraib; Camp Bonsteel en Kosovo; las prisiones secretas de la CIA en Rabat, Argel, El Cairo, Bagdad y Kabul; las áreas de detención de los aeropuertos; los campos de refugiados en Marruecos y Kenia; el campo de detención de la isla de Nauru, denominado el Guantánamo de Australia; la recientemente desmantelada Jungla de Calais, que fue el mayor campamento de inmigrantes y refugiados de Francia; la frontera de Estados Unidos con México, determinados Centros de Internamientos de Extranjeros (en adelante, CIEs) en España y, como se argumenta en esta investigación, las devoluciones sumarias realizadas en las fronteras de Ceuta y Melilla.

En estos espacios de excepción existiría un “doble Estado”, según la hipótesis de uno de los discípulos de Schmitt, el politólogo Ernst Fraenkel²⁸, esto es, una reserva de poder

²³ *Ibíd.*, p. 44.

²⁴ Gordillo, José Luis, “Globalización, terror, derechos”, en *Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría*, ob. cit., p. 91.

²⁵ Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, ob. cit., p. 217.

²⁶ Portilla Contreras, Guillermo, “Terroristas como no-personas del Derecho. ¿Es delito la tortura de presuntos terroristas?”, *Revista mientras tanto*, 23 de noviembre de 2014.

²⁷ Capella, Juan Ramón, “Un estado de excepción personalizado”, en *Grandes esperanzas. Ensayos de análisis político*, Trotta, Madrid, 1996, p. 42.

²⁸ Fraenkel, Ernst, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

excepcional que se sustrae al control de las reglas de los Estados de Derecho pero que, de manera simultánea, coexiste con él. Así, para Fraenkel, desde la modernidad, la forma política que ha caracterizado a los Estados está dada por dos circunstancias: en primer lugar, un “Estado normativo”, sujeto a reglas jurídicas coherentes y predeterminadas con un poder judicial independiente destinado a garantizar el cumplimiento de tales reglas y, en paralelo, un “Estado de prerrogativa”, esto es, un ámbito de actuación estatal donde rige una absoluta discrecionalidad, prescindiendo de las garantías jurídicas.

A la vez, Agamben señala que, si existe un espacio de excepción donde la vida y la norma, el hecho y el derecho, lo público y lo privado se vuelven indistinguibles, es preciso admitir que se está ante la lógica del campo de concentración, visto que éste materializa el estado de excepción. Igualmente, no es relevante la magnitud, gravedad o entidad de los crímenes, torturas, atrocidades y abusos que se cometan, como así tampoco el lugar, la denominación y las particularidades que revistan estos espacios. El elemento fundamental a considerar es la lógica de funcionamiento del campo de concentración: la suspensión de la ley y del orden jurídico constitucional con sus garantías. Todos los actos que se realicen en los espacios de excepción ya no son algo que dependa del derecho, sino sólo “del civismo y del sentido ético de la policía que actúa provisionalmente como soberana.”²⁹

Desde otra perspectiva, desde la crisis financiera de 2008, diversos autores³⁰ han hablado de un estado de excepción económico. Así pues, la economía mundial residiría en una especie de situación de emergencia, ya que vive al borde del colapso financiero y las medidas de austeridad se volvieron una constante. En el contexto de la crisis, la UE, la Comisión Europea y organismos como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo y el Banco Mundial, impulsaron una serie de medidas extraordinarias destinadas al ajuste del gasto público y la congelación de los salarios. Asimismo, instaron el recorte de servicios públicos, prestaciones sociales y promovieron reformas laborales con el objetivo de la flexibilización de los empleos, lo que provocó la consolidación de la nueva clase –inexistente en el siglo

²⁹ Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, ob. cit., p. 222.

³⁰ Por ejemplo, Slavoj Žižek, “Un permanente estado de excepción económica”, *New Left Review*, Núm. 64, 2010, pp. 80-89 y Ulrich Beck, “Estado de excepción económico”, *El País*, 29 de octubre de 2008.

XX, donde se hablaba de “clase obrera” o “proletariado”— de la economía neoliberal: el precariado, esto es, personas que se encuentran en el umbral de la mera supervivencia.

De cualquier modo, la excepcionalidad económica no es reciente, sino que tuvo sendos antecedentes durante el siglo XX.³¹ Agamben apunta que, durante la Primera Guerra Mundial, en la cual la mayoría de los Estados participantes de la conflagración habían declarado el estado de excepción, “la excepcionalidad de la situación militar cediera el puesto ahora a la economía.”³² En la actualidad, además del paquete de medidas excepcionales adoptado en los países europeos por la crisis financiera, recientemente el Presidente norteamericano ha dictado la emergencia económica para la construcción del muro en la frontera con México.³³ Por otra parte, desde enero de 2016 hasta la actualidad, Venezuela ha vivido en permanente estado de excepción económica, declarándose dieciséis de prórrogas de emergencia. En el caso de Argentina, estuvo los últimos años bajo emergencia económica, a raíz de la crisis financiera de 2001 y donde se declaró el estado de sitio por las enérgicas protestas ciudadanas generadas por el ajuste estructural del gasto público.

En este contexto, la excepcionalidad económica guarda íntima relación con la jurídica, puesto que la forma en la que se materializaron las medidas económicas fueron leyes especiales, decretos de urgencia y reformas constitucionales, como la sucedida en España en 2011. Así, la forma clásica de regulación jurídica, es decir, la ley sancionada por los parlamentos, ha entrado en una grave crisis. En efecto, es necesario indicar que uno de los aspectos esenciales de las disposiciones sancionadas en períodos de emergencia es el crecimiento y absorción de las facultades del poder ejecutivo en detrimento de los parlamentos. Estas medidas debilitan los espacios democráticos de deliberación colectiva y lo que Kant denominó la facultad crítica, característica de una sociedad ilustrada, del “uso público de la razón en todos sus

³¹ En la Primera Guerra Mundial, el Presidente francés Poincaré asumió plenos poderes en materia financiera, como así también el gobierno de Laval en 1935. Por su parte, en los Estados Unidos, Roosevelt gobernó con poderes excepcionales para afrontar la Gran Depresión de 1929. De hecho, muchas disposiciones del modelo económico naciente en aquel período —el *New Deal*— se realizaron mediante la delegación de poderes económicos del Congreso al Presidente Roosevelt.

³² Agamben, Giorgio, *Estado de excepción, Homo sacer II, 1*, ob. cit., p. 25.

³³ *El País*, 19 de febrero de 2019. Cabe aclarar que el Senado norteamericano bloqueó este intento, decisión a la que el Presidente de Estados Unidos respondió con el veto y el Senado no consiguió las mayorías suficientes para anular la disposición presidencial.

terrenos.”³⁴ Si la democracia implica confrontación, crítica, discusión y el pluralismo de todas las fuerzas políticas y sociales en los procesos de toma de decisiones en una comunidad, en el estado de excepción estos se reducen al mínimo.

A la par, en la crisis económica la posición que ostentaron los técnicos al momento de tomar decisiones cobró una importancia crucial. Así, para la resolución de la misma los entes gubernamentales, el capital financiero y los organismos supranacionales instaron el ingreso de expertos y tecnócratas en los gobiernos de los países europeos, como en el caso de Italia y Grecia. Estos equipos gubernativos fueron los encargados de aprobar y cumplir las medidas económicas urgentes que necesitaron dichos países para el rescate de las entidades bancarias. En opinión de Geminello Preterossi, esta situación implicaría un “estado de excepción tecnocrático”³⁵, toda vez que, en el nombre de la técnica y el discurso competente, los gobiernos se enfrentaron “ante un único camino”³⁶: sin alternativas posibles, la única respuesta fue el ajuste del gasto público, el rescate de los bancos y la conservación del *statu quo* del orden capitalista.

1.3. Estado de excepción y transformaciones actuales de la soberanía

Examinada la teoría de la excepción, es preciso señalar que la serie de actos y medidas que se desarrollan en las dinámicas descritas causan alteraciones significativas a nivel conceptual, puesto que ponen en entredicho las nociones de Estado, soberanía y derechos. Si es verdad, como ha escrito Roberto Esposito, que todas las categorías han sido ya pensadas y el trabajo filosófico “no puede tener hoy otra tarea que la de repensarlas en el interior de una red de significaciones semánticas”³⁷, entonces pocos términos como los mencionados merecen una revisión crítica. Los análisis de Agamben giran en torno al modelo del Estado de Derecho, donde la producción, la aplicación del derecho y la declaración del estado de excepción se inscriben en el marco de la soberanía estatal y sus confines territoriales. En la actualidad, la noción de soberanía parece cada vez menos sostenible. No obstante, en las nuevas

³⁴ Kant, Immanuel, “Contestación a la pregunta ¿Qué es la ilustración?”, en *Kant. Tomo II*, Gredos, Madrid, 2010, p. 4.

³⁵ Preterossi, Geminello, “¿Vive el Estado democrático de presupuestos que ya no es capaz de garantizar?”, en Estévez Araujo, José A. y Messina, Giovvani (Eds.), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, 2015, p. 58.

³⁶ Giménez, Antonio, “De la excepcionalidad persistente a la normalización de la plutocracia”, en *Ibíd.*, p. 34.

³⁷ Esposito, Roberto, “La perspectiva de lo impolítico”, *Nombres. Revista de Filosofía*, Núm. 15, 2000, p. 47.

transformaciones de la soberanía subyace un objetivo semejante que en la concepción schmittiana: la gestión gubernamental neoliberal presenta rasgos antidemocráticos y autoritarios.

La globalización neoliberal ha producido cambios estructurales en el derecho y en la política. En primer lugar, la soberanía del Estado-nación se ha visto erosionada por la liberalización de los flujos de capital, información y mercancías. Las fuerzas del capital global han producido una reconfiguración de los límites territoriales de los Estados, toda vez que la racionalidad neoliberal es, en esencia, transnacional. En este contexto, el Estado ya no puede contener, controlar y conducir los flujos económicos a sus cauces jurisdiccionales. Saskia Sassen ha descrito el escenario geopolítico global como aquel que ha “implicado una desnacionalización parcial del territorio nacional”³⁸ y, al mismo tiempo, ha generado un traslado de los componentes de la soberanía del Estado a otras entidades supranacionales y al mercado global de capitales. Como consecuencia de ello, en los últimos años el crecimiento del poder de organismos supranacionales tales como el FMI, el OCDE, el BCE, la OMC o el G7 ha sido sustancial.

De igual manera, una de las características de la lógica neoliberal, como ya subrayó Foucault hace cuarenta años³⁹, es que ha economizado todas las esferas de la vida individual y colectiva, generando que las acciones humanas se midan con criterios pura y exclusivamente económicos. En atención a ello, en el neoliberalismo desaparece el *homo politicus* aristotélico para ser reemplazado por el *homo oeconomicus*. Entre las significativas consecuencias que este proceso ha generado, una de ellas es la sustracción del poder democrático de la ciudadanía o la deconstitución del soberano popular.⁴⁰ Como lo político en esta etapa se expresa en términos económicos, el fundamento para una ciudadanía preocupada por la cosa pública se disipa. Según Wendy Brown, en la medida en que la economización de lo político y la asimilación del discurso público con la gobernanza

³⁸ Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control?: la soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, p. 16.

³⁹ Foucault, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979)*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2007, en especial pp. 305-359.

⁴⁰ Giménez, Antonio, “Legitimar a través de la eficacia, normalizar la desigualdad”, en Pilatti, Adriano, Soares de Moura, Andityas y Duarte Costa Corrêa, Murilo (Coords.), *O estado de exceção e as formas jurídicas*, Editora UEPG, Paraná, 2017, pp. 129-151.

eliminan las categorías tanto del *demos* como de la soberanía, se elimina el valor –incluso la inteligibilidad– de la soberanía popular [...] En lugar de ciudadanos que comparten y disputan el poder, el orden resultante pone énfasis [...] en el consenso logrado a partir de la consulta de depositarios, grupos de enfoque, mejores prácticas y trabajo en equipo.⁴¹

En la visión de Schmitt, lo político se define por la autonomía respecto del derecho, la economía, la religión y la moral. Por el contrario, en el contexto de la globalización esta situación se ha invertido, visto que las fuerzas del capital sujetan a la política y al derecho. Esta subordinación ha quedado confirmada con la crisis de 2008: los Estados debieron socorrer a los bancos y asegurar la conservación del orden financiero. Sin embargo, en paralelo a ello, la crisis también dejó en claro la importancia de los Estados, puesto que fueron vitales para la estabilización de los mercados y la facilitación de la acumulación concentrada del capital. Por esta especie de paradoja, las soberanías estatales se encuentran “limitadas, diferenciadas, disminuidas, dependientes, o endeudadas”⁴² pero, de manera simultánea, son lugares significativos de identificación simbólica y protección jurídica y política, especialmente para la ciudadanía europea.

Si bien ha existido un notorio declive de la soberanía estatal, el sistema económico neoliberal aún necesita del Estado y sus instituciones representativas para consumir los imperativos económicos de libre mercado. En este sentido, Antonio Giménez sostiene que el neoliberalismo “aún no está en disposición de legitimar por sí solo la decisión del más fuerte.”⁴³ En efecto, en los Estados reside la representación parlamentaria y democrática, aunque ésta haya disminuido considerablemente por los procesos explicitados. Además, siguen siendo importantes actores a nivel global, debido a que son grandes consumidores y proveedores de bienes y servicios, son las sedes de la ciudadanía, regulan la actividad económica nacional y, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal y la política criminal, el Estado conserva importantes poderes para diseñar, administrar y ejecutar los castigos.

⁴¹ Brown, Wendy, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso, Barcelona, 2015, p. 289.

⁴² Giménez Merino, Antonio, “De la excepcionalidad persistente a la normalización de la plutocracia”, en Estévez Araujo, José A. y Messina, Giovanni (Eds.), *La democracia en bancarrota*, ob. cit., p. 34.

⁴³ Giménez Merino, Antonio, “El nomos del soberano privado. La recomposición supraestatal de la soberanía y las nuevas formas de regulación jurídica”, en Soares de Moura, A. (ed.): *Democracy, justice and exception: The Kelsen-Schmitt debate reloaded in the XXI Century*, Initia Via, Belo Horizonte, 2015, p. 10.

Con todo, si la soberanía en sentido schmittiano depende del presupuesto de la autonomía de la esfera política sobre los otros ámbitos de poder, es decir, económicos, morales y culturales y, como apunta Wendy Brown, si ya no puede abordarlos de una forma decisiva cuando es necesario, es decir, en el momento de la excepción, “no puede decirse que exista soberanía política.”⁴⁴ Por las nuevas transformaciones de la soberanía, el planteamiento de Schmitt y de Agamben no estaría en condiciones de responder a la pregunta sobre el quién, esto es, el sujeto que detenta la soberanía. En consecuencia, la declaración de la excepción, mediante un acto de conocimiento, voluntad y juicio por parte del soberano se diluiría considerablemente, toda vez que el soberano actual “es decisivo sin ser decisionista.”⁴⁵ La excepcionalidad actual ya no derivaría de la propia normatividad del Estado de Derecho, sino que si en la realidad del siglo XX

era posible definir un orden sociopolítico donde la violencia estatal y de las relaciones económicas quedaban limitadas nacionalmente por las constituciones e internacionalmente por el derecho internacional, en la realidad del presente asistimos a un dominio generalizado de la ley del más fuerte, sólidamente asentado sobre poderes antidemocráticos normalizados.⁴⁶

En definitiva, con los nuevos cambios producidos en la soberanía y el derecho, se torna en extremo difícil seguir sosteniendo la idea de estado de excepción únicamente sobre la base de la soberanía estatal, puesto que ésta noción ha perdido su fuerza normativa y ha dejado de ser operativa, al menos en el ámbito de las relaciones económicas. Como en la actualidad la soberanía se ejerce, parcialmente, en instancias que no son las propias del Estado de Derecho, resulta insuficiente postular que la suspensión del derecho –la esencia del estado de excepción– se asiente en el control de legalidad de los actos estatales, sino que esto ha de hacerse también a propósito de la nueva función que asume el Estado en la globalización neoliberal, es decir, la de un coordinador, gestor y regulador de las actividades de los poderes privados. Este proceso se evidenciará cabalmente en el capítulo siguiente, puesto que en el

⁴⁴ Brown, Wendy, *Estados amurallados, soberanía en declive*, Herder, Barcelona, 2015, p. 105. Para Brown, en los últimos años los elementos de la soberanía emigraron a dos fuerzas: el capitalismo y la violencia legitimada por el fundamentalismo religioso.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 33.

⁴⁶ Giménez Merino, Antonio, “De la excepcionalidad persistente a la normalización de la plutocracia”, en Estévez Araujo, José A. y Messina, Giovvani (Eds.), *La democracia en bancarrota*, ob. cit., p. 32.

diseño de la política criminal en materia migratoria se produce una clara hibridación entre poder estatal y poder económico.

2. Derecho penal de excepción: el derecho penal del enemigo

2.1. Orígenes teóricos del concepto y rasgos evolutivos

Como se dijo al comienzo del capítulo, una de las expresiones actuales de la excepcionalidad en el derecho se ha desarrollado en el ámbito del derecho penal y la política criminal. En este campo existirían dos modelos de derecho penal, estructurados bajo distintos presupuestos e inspirados por principios diferentes, como así también instituidos con objetivos y funciones disímiles: un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del no ciudadano o enemigo. En el presente apartado, se describirá y explicará uno de los antecedentes teóricos del derecho penal del enemigo. Posteriormente, se pondrá atención en la teoría del penalista alemán Gunther Jakobs, toda vez que es en su obra donde dicha doctrina ha encontrado un hondo desarrollo, como así también es su principal representante. Por último, se observará la recepción actual de la excepcionalidad penal en ciertos países y cómo se cristaliza en el derecho español.

Los antecedentes teóricos acerca de la constitución simbólica del enemigo se encuentran desde los inicios de la civilización occidental –por ejemplo, la relación que establecieron los griegos con los bárbaros y los invasores de Oriente– y responden a diversas causas jurídicas, históricas y políticas. Ahora bien, Roberto Esposito ha identificado en el corazón de la propia modernidad la necesidad de instituir un enemigo. Según el filósofo napolitano, desde esta etapa Europa se pensó a sí misma contra alguien o algo, ya sea un enemigo concreto o una potencial amenaza, real o aparente. En particular, esta formulación encuentra fundamento en la teoría de Hobbes, que aseguraba la necesidad de conservación del orden político y, al mismo tiempo, la legitimidad de expulsar a los enemigos que se rebelen contra el Estado-Leviatán. El enemigo devino la categoría positiva necesaria para la construcción de la identidad: “el otro, lo externo, el fuera respecto al cual sólo es definible lo mismo, lo interno, el dentro.”⁴⁷

⁴⁷ Esposito, Roberto, “Enemigo, extranjero, comunidad”, en Cruz, Manuel (Comp.), *Los filósofos y la política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999, p. 70.

No obstante, es en el siglo XX donde es necesario rastrear los antecedentes inmediatos sobre el derecho penal del enemigo. Francisco Muñoz Conde sostiene que los orígenes ideológicos de esta doctrina serían, fundamentalmente, dos⁴⁸: en primer lugar, la dogmática penal alemana de principios y mediados del siglo XX, especialmente el pensamiento jurídico de Franz Von Liszt, Karl Binding y Edmund Mezger. En particular, Mezger postuló que en el futuro del régimen nacionalsocialista convivirían dos derechos penales: un derecho penal para la generalidad y otro derecho penal para los delincuentes por tendencia. En segundo lugar, en la filosofía jurídica de Schmitt, lugar donde la lógica del enemigo consume su máximo despliegue y desarrollo. En concreto, con su teoría del amigo y enemigo expuesta en *El concepto de lo político* (1932). En esta instancia, el análisis se circunscribirá a este último autor.

Primeramente, lo que le interesa averiguar a Schmitt es la esencia de lo político⁴⁹, es decir, cuál es el criterio diferenciador específico de lo político respecto de otras esferas y actividades de la sociedad, tales como la economía, la moral y la estética. Si en la economía el criterio es la ganancia y la pérdida, en la moral lo es el bien y el mal y en la estética lo bello y lo feo, Schmitt va a postular un criterio singular para definir el fenómeno político y con ello poder determinar cuándo se está ante decisiones políticas y cuándo no. Como se explicó al comienzo del capítulo, lo político, en la filosofía schmittiana, nunca se reconduce al campo económico, moral, estético, religioso ni jurídico. Pues bien, precisamente la determinación del criterio específicamente político es lo que funda el fenómeno político.⁵⁰

En efecto, la diferenciación propia y decisiva de lo político es la distinción entre amigo y enemigo, “aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos.”⁵¹ Esta disociación marca el grado máximo de intensidad de la unión y la separación sin recurrir a cánones por fuera de lo político. Asumido este supuesto, para Schmitt no es en absoluto

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo*, Editorial Ubijus, México D.F., 2010, pp. 19-44.

⁴⁹ Lo político entendido como la dimensión constitutiva y neutra de la distinción amigo y enemigo, en diferenciación con la política, es decir, el conjunto de actividades que tienen como objetivo la conquista y la conservación del poder.

⁵⁰ Una de las razones del *revival* de la filosofía de Schmitt que se ha generado en la filosofía política contemporánea de los últimos años se debe, justamente, a que pensó la política en términos autónomos y por fuera de otros campos como la ética, la religión y la economía. Prueba de ello lo dan algunas de las obras de Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, Judith Butler, Roberto Esposito, Giacomo Marramao y, por supuesto, Agamben.

⁵¹ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, p. 56.

importante si el enemigo es feo, injusto o si es un malo competidor económico. En palabras de Schmitt, el enemigo es el otro, el extraño, y para determinar su esencia “basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo.”⁵² La relación que se instaura entre el amigo y el enemigo para Schmitt es puramente existencial, esto es, el enemigo es la negación total y radical del amigo. Por ello, “hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida.”⁵³

Luego de establecer la definición propia de lo político, Schmitt procede a caracterizar al enemigo. En este sentido, la calificación, que se materializa a través de una decisión, es exclusivamente política: el enemigo no es un competidor económico ni un rival social a quien se abomina o se odia, sino que enemigo sólo es quien es “público”⁵⁴ (*hostis*): un conjunto de hombres, un pueblo entero que se pone en posición de combate frente a otro. Al mismo tiempo, los pueblos se ven representados mediante los Estados. La determinación del enemigo viene dada por la necesidad de agrupar (*Gruppierung*) al pueblo de manera compacta y homogénea. Conjuntamente, en la dialéctica amigo-enemigo siempre está latente la posibilidad de la lucha violenta. De hecho, este vínculo adquiere su significado por el hecho de que “está en conexión con la posibilidad real de matar físicamente.”⁵⁵ En esta dirección, José A. Estévez Araujo⁵⁶ ha subrayado que la decisión que determina al enemigo se caracterizaría por las siguientes notas: es *constitutiva*, toda vez que individualiza cuáles son los intereses vitales de un pueblo en determinado momento histórico; es *polémica*, en el sentido original del término griego *polémios* (enemigo), pues dichos intereses se justifican por la indicación de un otro externo que amenaza al orden social; y, por último, es *autoritaria*: la autoridad adopta una decisión y la impone a los sujetos sobre los cuales ejerce poder.

2.2. El derecho penal del enemigo. Definición. Características

El principal exponente de la doctrina del derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) ha sido y es el penalista alemán Gunther Jakobs. La primera vez que utilizó la expresión, aunque de

⁵² *Ibíd.*, p. 57.

⁵³ *Ibíd.*, p. 57. Para Schmitt, la distinción amigo y enemigo no es una ficción, ni una metáfora ni una retórica, como así tampoco es normativa, sino que es una realidad fenomenológica concreta.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 59.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 63.

⁵⁶ Estévez Araujo, José Antonio, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 137.

forma crítica y superficial, fue en 1985, en la Jornada de Penalistas Alemanes de Frankfurt. Ahora bien, en 1999, en un Congreso de Derecho Penal en Berlín, ahondó en sus presupuestos, rasgos y consecuencias. Esta ponencia desató una encendida polémica, como así también recibió potentes críticas por parte de los asistentes presentes en el Congreso. La hipótesis básica que subyace en la teoría de Jakobs es la de que, junto a un derecho penal dirigido a los ciudadanos considerados como personas, existe otro polo o tendencia del derecho penal, destinado a determinados individuos que con su conducta han abandonado de forma permanente el derecho, de tal manera que amenazan con quebrantar los fundamentos de la sociedad y el Estado.

Uno de los presupuestos que cimenta la construcción de Jakobs para justificar el derecho penal del enemigo es la noción de contrato social, que justifica a través de una singular lectura de Rousseau, Fichte, Hobbes y, sobre todo, Kant. Así pues, el enemigo es la persona que no cumple con el contrato civil (*status iuridicus*) que rige la comunidad: sus conductas son, en sí mismas, una amenaza para la sociedad. En consecuencia, a los delincuentes que se sitúan en guerra con el ordenamiento jurídico y que dejan de ser miembros del Estado, el derecho ya no puede tratarlos como personas. Al interpretar la filosofía jurídica de Kant sobre la relación que mantienen los ciudadanos con el Estado, Jakobs afirma que quien no participa de la vida de un “estado legal debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de la seguridad).”⁵⁷

Jakobs define quién es persona y quién es enemigo, puesto que ello determina la aplicación del trato discriminatorio del poder punitivo. Según el profesor de Bonn, sólo es persona “quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal.”⁵⁸ El concepto de garantía o seguridad cognitiva es absolutamente central, debido a que permite identificar cuándo el derecho se encuentra frente a un ciudadano y cuándo frente a un enemigo. El derecho penal del ciudadano se aplica a aquel individuo del que se espera una conducta conforme a las normas jurídicas, es decir, del que se calcula que no va a infringir las reglas, aunque eventualmente cometa algún delito. Cuando ello sucede, no pone en riesgo

⁵⁷ Jakobs, Gunther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 32.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 50.

al Estado, ya que es un “desliz reparable”⁵⁹, esto es, no niega las normas de manera radical ni permanente. En este derecho penal, la principal medida de reparación es la pena, medida que garantiza la reparación del daño y la estabilidad de la sociedad.

Por otro lado, el enemigo no ofrece un mínimo de seguridad cognitiva, no “presta fidelidad al ordenamiento jurídico”⁶⁰: sus comportamientos no son previsibles conforme a las pautas que rigen la comunidad. Al no garantizarse una suficiente seguridad acerca del comportamiento futuro, la vigencia del derecho disminuye y “se convierte en una promesa vacía.”⁶¹ Por esta razón, el enemigo se convierte en una fuente de peligro y en un problema de seguridad donde lo que sucede es que no se espera el cumplimiento del deber, como así tampoco “la autoadministración ordenada de la persona, de modo que desaparece el elemento central de una personalidad que presta orientación.”⁶²

Como el enemigo no presta confianza y fiabilidad, este derecho penal combate peligros: el poder punitivo se adelanta debido a que es preciso el aseguramiento de posibles hechos delictivos futuros. Con este supuesto, se castiga no la conducta actuada y consumada, sino la planeada e intencionada: “el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por peligros futuros.”⁶³ Con ello, cambia la respuesta del Estado frente a estos peligros. Si en el derecho penal del ciudadano la principal herramienta para solucionar el quebrantamiento del orden es la pena, en este derecho penal son las medidas de seguridad que deben asegurarse de modo efectivo a través de la coacción. Así, la lucha contra el crimen organizado requiere de medidas de seguridad eficaces por la especial peligrosidad de los sujetos perpetradores del delito. Como explica Massimo Donini, las medidas de seguridad personales son un ejemplo de este derecho penal puesto que, al presumir la peligrosidad, con ella no se dialoga ni existe la comunicación, sino que se lucha contra un peligro que sólo se “puede neutralizar o reducir.”⁶⁴

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 36.

⁶⁰ Jakobs, Gunther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, *Ibíd.*, p. 69.

⁶¹ Jakobs, Gunther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *Ibíd.*, p. 38.

⁶² Jakobs, Gunther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, *Ibíd.*, p. 66.

⁶³ Jakobs, Gunther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *Ibíd.*, p. 49.

⁶⁴ Donini, Massimo, “El derecho penal frente al enemigo”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 29.

Por otra parte, dos de las características esenciales del derecho penal del enemigo son la imposición de penas y medidas de seguridad desproporcionadamente altas y “draconianas”, en terminología de Jakobs y, al mismo tiempo, la disminución y supresión de garantías procesales. Este último rasgo merece especial atención. Si el ciudadano en un proceso penal es un sujeto procesal, esto es, ejerce determinadas garantías tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el diligenciamiento de pruebas, la asistencia de un letrado, etc., en el derecho penal del enemigo éstas se disuelven para dar paso a la “nuda coacción”⁶⁵ del proceso penal. Así, la custodia de la seguridad es la mejor muestra de la coacción física que recae sobre el enemigo. Al mismo tiempo, la intervención en las comunicaciones, la extracción obligatoria de sangre, la incomunicación con el defensor, la eliminación del juez natural por la actuación de jueces o comisiones militares y otras medidas revelan la exclusión de las garantías procesales del derecho penal del ciudadano.

Por último, las tesis de Jakobs guardan una notable proximidad con el planteamiento de Schmitt. En primer lugar, como ha apuntado Evaristo Prieto Navarro⁶⁶, concurriría un traslado del derecho internacional público –Schmitt– al derecho interno –Jakobs–, toda vez que la presencia del enemigo cuestiona radicalmente los fundamentos existenciales del Estado, por tanto, es necesaria la eliminación o neutralización, con todos los medios disponibles, de los agentes que alteran el orden constituido. En segundo lugar, para ambos autores el tratamiento con el enemigo no puede estar basado en derecho. Asimismo, tanto la teoría de Schmitt como de Jakobs se centran en el caso límite y anormal que subyace en el corazón del orden jurídico: en el primero es la excepción la que determina el orden jurídico, mientras que en el segundo se pone en juego el incumplimiento del derecho por la inseguridad cognitiva del enemigo. Por último, como ha reclamado Manuel Cancio, las medidas del derecho penal del enemigo deben ser trasladadas “al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en estado de excepción.”⁶⁷

⁶⁵ Jakobs, Gunther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 45.

⁶⁶ Prieto Navarro, Evaristo, “Excepción y normalidad como categorías de lo político”, en Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 125.

⁶⁷ Cancio Meliá, Manuel, “Prólogo”, en Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., p. 19.

2.3. Recepción actual de la excepcionalidad penal

En el diseño de la política criminal, principalmente después de los acontecimientos del 11-S, ha habido una creciente expansión del derecho penal, y tanto en la legislación como en disposiciones administrativas existen significativos ejemplos de medidas que responden a las características del derecho penal del enemigo. En este sentido, el terrorismo es un caso paradigmático de la aplicación de un derecho penal de excepción. Al mismo tiempo, el inmigrante también es objeto de políticas punitivas que no lo reconocen como ciudadano sino como enemigo, problemática que se analizará en el siguiente capítulo. En el presente punto, se prestará atención a la materialización jurídica de este tipo de derecho penal en el contexto securitario posterior al 11-S y se ofrecerán algunos casos donde es visible la discriminación derivada de la aplicación desigual del poder punitivo.

Como cuestión previa es necesario apuntar que, como ha señalado Massimo Donini⁶⁸, el derecho penal del enemigo parece *dibujado* a medida del terrorista islámico. La razón de ello es que con él no se entabla ningún tipo de diálogo ni comunicación en derecho, y niega absoluta y radicalmente los fundamentos del Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como se dijo en el primer apartado, la mayoría de países europeos, luego de los acontecimientos del 11-S, sancionaron rápidamente leyes e introdujeron reformas en los códigos penales con el fin de tipificar delitos asociados al terrorismo. Una de las bases fundamentales de las reformas la constituyó la Decisión Marco del Consejo de la UE de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI), que introdujo por primera vez una definición común de delito de terrorismo para todos los Estados miembros.

En esta dirección, Inglaterra sancionó, el 14 de diciembre de 2001, la *Antiterrorism, Crime and Security Act*, donde se autorizaba la detención indefinida de extranjeros sospechosos de actividades terroristas. Luego de los atentados terroristas en Londres el 07 de julio de 2005, el Parlamento británico emitió la *Terrorism Bill* en 2006, donde se introdujo el delito de “incitación indirecta al terrorismo”, que consiste en una declaración verbal o escrita que enaltezca al terrorismo, aunque no defienda directamente la violencia ni se realice una

⁶⁸ Donini, Massimo, “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, ob. cit., p. 47.

apología concreta del delito. Por último, cabe señalar que en 2016 se aprobó la *Investigatory Powers Bill*, que dispone, entre otras medidas, que las compañías de comunicación almacenen los datos de los usuarios durante 12 meses para que los servicios de seguridad accedan a dicha información, como así también autoriza a cuerpos de seguridad el hackeo de móviles, ordenadores, redes y servicios en la nube, medidas todas justificadas por las amenazas terroristas.⁶⁹

En Estados Unidos, en octubre de 2001 se sancionó la *Usa Patriot Act*, que incorporó medidas propias de un derecho de excepción, por ejemplo, la facultad del FBI de detener a inmigrantes sospechosos que representen un peligro para la seguridad de Estados Unidos y permitía a la Agencia de Seguridad Nacional interceptar líneas telefónicas y correos electrónicos de los ciudadanos estadounidenses sin autorización judicial previa. Por otro lado, uno de los ejemplos inequívocos de este tipo de derecho penal lo constituyó la *military order* dictada por el 13 de noviembre de 2001 por el Presidente de los Estados Unidos. Esta orden, que estableció una jurisdicción militar especial para terroristas, les otorgó a éstos la calificación de combatientes enemigos, por tanto, al momento de ser capturados, no gozaban de la condición de prisioneros de guerra conforme las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949. En esta orden se cristalizan casi todas las características delineadas por Jakobs: en un contexto de guerra preventiva donde se produce un adelantamiento de la punibilidad, el tratamiento otorgado al enemigo combatiente es el de no persona, ya que quedaba excluido de toda determinación jurídica. Asimismo, se disminuyeron las garantías procesales, como la del juez natural, puesto que se instauraron tribunales militares. Por último, la principal medida de seguridad era la privación de la libertad, especialmente en la cárcel de Guantánamo.

Por su parte, desde los atentados en París acaecidos el 13 noviembre de 2015, Francia vivió bajo un permanente estado de excepción, declarado mediante el Decreto 2015-1475 con una duración, en principio, hasta enero de 2016. Posteriormente, el Gobierno francés lo prorrogó seis veces, hasta el 01 de noviembre de 2017, fecha en que entró en vigencia la *Ley Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*. Esta ley trasladó disposiciones excepcionales al derecho común. Entre las más significativas, cabe destacar

⁶⁹ *El Confidencial*, 01 de diciembre de 2016.

que el Ministerio del Interior posee la facultad de ordenar arrestos domiciliarios a cualquier individuo por “razones serias” que hagan pensar que su comportamiento constituye una amenaza para el orden público. Asimismo, se les otorga a las fuerzas de seguridad la potestad de cerrar lugares de cultos en los que circulen ideas, escritos o teorías que fomenten la violencia o el terrorismo, como así también la policía puede prohibir que cualquier sujeto salga de su municipio o provincia.

España no ha sido ajena en tratar al terrorista como enemigo, instituyendo medidas punitivas diferentes para castigar los delitos vinculados al terrorismo respecto del derecho penal aplicable a los ciudadanos. Como primera cuestión, cabe apuntar que, desde la década del 70, con la actuación de bandas terroristas como ETA y GRAPO, el Estado español comenzó a diseñar una legislación penal especial. En cierto sentido, ésta legislación constituye jurídicamente un precedente de las actuales, pero los contextos son considerablemente distintos. Las reformas del Código Penal (en adelante, CP) acaecidas en el siglo XXI –en particular, las más relevantes, la de 2003, 2010 y 2015– dan prueba de la creciente y expansiva tendencia legislativa en aras de neutralizar al terrorista islámico. Por ejemplo, respecto de la libertad condicional, el artículo 78 agrava los plazos para otorgar dicha libertad a los condenados por delitos vinculados al terrorismo. Asimismo, el artículo 90, punto 8, prescribe que para que los terroristas disfruten la libertad condicional, requiere un plus de actividad por parte del condenado, toda vez que exige que muestre signos “inequívocos” de haber abandonado los fines terroristas y haya colaborado activamente para impedir otros delitos terroristas, o para la identificación, captura y procesamiento de responsables terroristas.⁷⁰

En el CP existen tipos penales que reflejan un indudable adelantamiento de la punibilidad. El artículo 575 punto 1 ha tipificado las conductas de los llamados “lobos solitarios yihadistas”, ya que castiga a quien tenga la finalidad de capacitarse o recibir adoctrinamiento para cometer delitos terroristas. El punto 2 dispone que penará a quien acceda de manera

⁷⁰ El artículo 36 punto 1, inciso a) del CP, que regula la prisión permanente revisable para el caso de delitos relacionados con el terrorismo, prevé que no podrá revisarse hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva. Por el contrario, otros tipos de delitos, por ejemplo, homicidios agravados y abusos sexuales, prevén que se pueda revisar a partir de los quince años de cumplimiento efectivo. En el mismo artículo, se refuerza dicha diferenciación, al disponer que los condenados por delitos de terrorismo no podrán gozar de permisos de salida hasta que hayan cumplido un mínimo de doce años de prisión, mientras que, en el resto de los delitos, se estipula ocho años de prisión.

“habitual” a servicios de comunicación o contenidos de internet que estén dirigidos a la incitación a la incorporación a un grupo terrorista. El artículo 578 sanciona el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos terroristas, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de delitos terroristas o sus familiares. Por último, el artículo 579 bis, punto 2, prevé que se le impongan al terrorista, además de la pena privativa de libertad, una medida de libertad vigilada de cinco a diez años en el caso de una pena grave y de uno a cinco en una pena menos grave, agravantes que no existen para el resto de delitos comunes.

Como se explicó a lo largo del capítulo, el estado de excepción, que en opinión de Agamben ha alcanzado en el presente su máximo despliegue planetario, convive en el seno de los ordenamientos jurídicos occidentales con la existencia de espacios de excepción, en los cuales se suspende el contenido garantista de los principios del Estado de Derecho. Asimismo, se puso de relieve la necesidad de atender a las nuevas transformaciones de la soberanía en la globalización neoliberal, dado que la teoría de Agamben está anclada en la noción de soberanía y no presta la suficiente atención a las dinámicas económicas. Por otra parte, se observó que una de las manifestaciones preponderantes de la excepcionalidad jurídica es el derecho penal que, en ocasiones, distingue entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, disociación que es notoria en ámbitos como el terrorismo. Desde la postulación de estos dos derechos se abre una laguna en el orden jurídico y se ponen en entredicho los fundamentos mismos del Estado de Derecho para dar paso a una legislación de combate, como las adoptadas por algunos Estados occidentales. En lo que sigue, se explicará el proceso mediante el cual los inmigrantes son percibidos como grupo peligroso, lo cual desemboca en un tratamiento propio de la lógica del enemigo por parte del poder punitivo y, en algunos casos, también por la administración pública.

Capítulo II. Del derecho penal del enemigo al derecho administrativo del enemigo

1. El derecho penal en la gestión de flujos migratorios

1.1. La construcción del binarismo ciudadano/enemigo en las políticas migratorias: el inmigrante como sujeto peligroso

En los últimos años, a la par de la ubicación del terrorista como sujeto de legislación del derecho penal de autor en algunos ordenamientos jurídicos occidentales, otro grupo de personas ha sido categorizado como especialmente riesgoso, y en consecuencia ha pasado a formar parte de la “clientela prioritaria del sistema penal”⁷¹: el inmigrante irregular, clandestino o sin papeles. El presente capítulo tiene por objetivo dilucidar la ejecución diferenciada del derecho penal que recae sobre los inmigrantes, ejecución que viene dada por el previo tratamiento que se les dispensa, esto es, como no persona o enemigo. En tanto, el derecho penal se ha convertido en una de las herramientas claves para controlar y gestionar los flujos migratorios. Desde este presupuesto, se reconstruirá el proceso causante de dicho tratamiento que desemboca, en última instancia, en la orden de expulsión del territorio español. Seguidamente, y bajo la hipótesis de que en el derecho administrativo se ha provocado un giro securitario similar al del derecho penal, se justificará el tratamiento de las categorías del derecho penal del enemigo en el ámbito del derecho administrativo.

El proceso mediante el cual se coloca al inmigrante bajo la sugerente metáfora, pero con efectos reales y performativos, de la “no persona”⁷² de la cual habla Alessandro Dal Lago², es el resultado de una larga y compleja cadena de causas compuesta por factores sociales, económicos, políticos, jurídicos y simbólicos. En primer lugar, cabe señalar que tradicionalmente la presencia del extranjero, arquetipo por excelencia de lo desconocido, la mayoría de las veces ha implicado amenaza, terror y alarma. El inmigrante recién llegado es diferente y por lo tanto es difícil la comunicación con él, bien sea por hablar una lengua

⁷¹ Brandariz García, José Ángel, “La construcción de los inmigrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (Coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, ob. cit., p. 144.

⁷² Dal Lago, Alessandro, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

distinta, o porque el Estado y sus agentes se comunican en un idioma que él no entiende o, por último, porque los sistemas simbólicos son radicalmente disímiles. El inmigrante se convierte en una potencial fuente de peligro, puesto que es percibido con desconfianza y hostilidad. En opinión de Raúl Zaffaroni, la construcción de la alteridad de los inmigrantes

facilita enormemente atribuir al desconocido diferente todo lo negativo, dado que no se le puede oír, los sistemas simbólicos no coinciden y, por ende, se pueden traducir los signos a voluntad y hacer de ellos los emisarios de múltiples males.⁷³

En segundo lugar, cabe tener presente que la persona, como apunta Dal Lago, se define por la sociabilidad, esto es, gozar de la calidad de persona es verse reconocido por los otros en el medio en el que uno se encuentra. En este sentido, el reconocimiento de la humanidad del inmigrante se ve socavado y recortado: el reconocimiento de su personalidad se restringe de “hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en el lenguaje público.”⁷⁴ El estatuto del inmigrante irregular, como razona Dal Lago, se define por su negatividad: “no es europeo, no es un ciudadano, no está en regla, no es uno de nosotros.”⁷⁵ Asimismo, el reverso de la no persona del inmigrante lo constituye el estatus de la ciudadanía europea, construcción jurídico-política que se define por ser titular de un haz de derechos los cuales son privados los indocumentados. Etienne Balibar ha expresado esta doble lógica bajo la categoría del “apartheid europeo”⁷⁶: bajo el binomio inclusión-exclusión, la ciudadanía europea se presenta como la estructura que integra en su seno a determinados sujetos en el espacio comunitario, fundamentado en los conceptos de “libertad, seguridad y justicia” (Título V Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), mientras que segrega a otros, esto es, los inmigrantes extracomunitarios.

⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Minorías y poder punitivo”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Vol. 7, Extraordinario, diciembre 1994, p. 87.

⁷⁴ Dal Lago, Alessandro, “Personas y no-personas”, en Silveira Gorski, Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 129.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 130.

⁷⁶ Balibar, Etienne, *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?. Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003. En similar dirección argumenta Ferrajoli, el cual sostiene que la ciudadanía europea “representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.” Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, en Silveira Gorski, Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, ob. cit., p. 246.

La individualización del inmigrante como *otro* absoluto, extraño, ajeno, ilegal e incompatible culturalmente dificulta en extremo su integración, hecho que contribuye decisivamente para que los inmigrantes sean percibidos y tratados como sujetos peligrosos. De manera concomitante, éstos no pueden ser eliminados definitivamente, sino sólo neutralizados, reprimidos e inocuizados. Ciertamente, si bien no es válido afirmar que con el inmigrante se entabla una guerra frontal que persiga su aniquilación física como en el planteamiento schmittiano, ni tampoco que es designado como enemigo público mediante actos jurídicos expresos, los Estados lo tratan “de hecho como un enemigo.”⁷⁷ Así, la relación trabada con el inmigrante viene dada porque “ya no es posible hacer la paz.”⁷⁸ La constitución del inmigrante como enemigo de facto se justifica porque su presencia cuestiona radicalmente los fundamentos mismos del Estado-nación y amenaza la seguridad económica y social de los ciudadanos: altera los trabajos, los salarios, la demografía, el sistema de pensiones, la homogeneidad cultural, los valores morales, etc. En opinión de Dal Lago:

Se considera al inmigrante en términos ontológicos, o sea, en su esencia él es un enemigo, porque se lo observa como una amenaza a la fundamentación del orden del Estado o de la Nación. Además de ello, en el imaginario (a veces de orden político, simbólico, histórico, cultural, ideal, etc.), que los miembros de una sociedad llaman Nación, avanza la presunción de existir, de ser real, y más aún, tendrá la necesidad de enemigos que definan simbólicamente las fronteras.⁷⁹

Por otra parte, la acción de los medios de comunicación, determinados agentes políticos y ciertos segmentos de la ciudadanía colaboran notablemente en la construcción de los inmigrantes como grupo peligroso. Así, se emiten discursos con base en supuestas situaciones de riesgo y emergencia que caracterizarían los flujos migratorios: se aduce que ya no hay más lugar en los países europeos debido a “invasiones incontrolables”, “asaltos masivos” y “efecto llamada” de millones de inmigrantes, se asocia directa o indirectamente inmigración y delincuencia y, por último, se acusa a los inmigrantes de ser los responsables de las disfunciones sociales. Estos discursos conciben al fenómeno inmigratorio básicamente como un problema de seguridad pública y en términos negativos y alarmistas. En virtud de ello, sobre el inmigrante recaen, como aprecia Alberto Daunis, cinco etiquetas negativas: el

⁷⁷ Dal Lago, Alessandro, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, ob. cit., p. 46.

⁷⁸ Balibar, Etienne, “Hacia la co-ciudadanía”, en *La igualibertad*, Herder, Barcelona, 2017, p. 452.

⁷⁹ Dal Lago, Alessandro, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, ob. cit., p. 46.

inmigrante invasor, el inmigrante delincuente, el inmigrante causante del descenso de los salarios, el inmigrante gorrón social y el inmigrante inadaptado social.⁸⁰

Bajo este orden de ideas, en España, desde el 2000 hasta la actualidad, el “efecto llamada” ha sido uno de los principales términos con los que el Partido Popular español (en adelante, PP) ha caracterizado el fenómeno migratorio.⁸¹ El efecto llamada consistiría en la llegada masiva de nuevos inmigrantes ilegales al país, visto la “generosa” extensión de derechos o las posibilidades de legalización ofrecidas por los procesos regularizadores. En opinión del entonces Secretario General del PP, la regularización masiva de inmigrantes sucedida en el año 2005 seguía el efecto llamada que ha “llenado las costas de Canarias y que se traslada al resto de ciudades.”⁸² Por otra parte, aseguró que si no se tomaba ninguna medida y si las fronteras se abren indiscriminadamente “lo que va a acabar pasando es que los inmigrantes que están en toda Europa van a acabar llegando.”⁸³

Recientemente, la expresión volvió a cobrar especial relevancia en la opinión pública. En efecto, el actual líder del PP alertó del posible efecto llamada debido a que “no es posible que haya papeles para todos y que España pueda absorber millones de africanos.”⁸⁴ Asimismo, aseguró que había un millón de inmigrantes esperando en las costas libias planteándose una nueva ruta a través de España. Igualmente, aseveró que existían estudios “de ONG que dicen que hay 50 millones de inmigrantes africanos recabando dinero para poder hacer estas rutas.”⁸⁵ Posteriormente, dijo que España se encontraba ante “la crisis

⁸⁰ Daunis Rodríguez, Alberto, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 25-26. En cuanto al vínculo entre inmigración y delincuencia, un Informe del CIS, de septiembre de 2017, arrojó como resultado que el porcentaje más alto de los aspectos negativos que causan los inmigrantes a la sociedad española lo constituye el ítem “Más problemas de delincuencia e inseguridad”, con el 15, 2%. De igual manera, el 25, 4% de los entrevistados creía que las leyes de extranjería eran “demasiado tolerantes” con los inmigrantes, y el 30,8 % pensaba que eran “más bien tolerantes.” Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), “Actitudes hacia la inmigración (X)”, Núm. 3190, septiembre 2017.

⁸¹ En particular, se esgrimió frente a dos situaciones: la primera, como defensa de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, que modificó la LOEX. Así, se adujo que dicha reforma buscaba prevenir el posible efecto llamada generado por la Ley 4/2000, que concedió diversos derechos a los inmigrantes irregulares. En segundo lugar, se utilizó en el proceso de regulación de inmigrantes decretado por el entonces Gobierno español, entre los meses de febrero y mayo de 2005. Este Gobierno dictó el Real-Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. El principal objetivo que tenía este decreto era la regularización de los extranjeros en el ámbito laboral, llegando a normalizar la situación de 800.000 inmigrantes. Cabe señalar que en la actualidad se encuentra vigente el Real-Decreto 557/2011, de 20 de abril, que derogó el 2393/2004.

⁸² *Libertaddigital.com*, 13 de mayo de 2006.

⁸³ *El Mundo*, 01 de febrero de 2005.

⁸⁴ *Agencia Efe*, 29 de julio de 2018.

⁸⁵ *Ibíd.*

inmigratoria más importante de la última década.”⁸⁶ En particular, ofreció estadísticas que supuestamente demostraban dicha situación, a la que atribuía “un incremento de la ruta occidental de un 150% de las llegadas.”⁸⁷

Para este discurso, la llegada de inmigrantes a España se presupone negativo y casi nunca positivo. A la par, rara vez se hace referencia al número concreto de los inmigrantes que llegan al país, sino que se apela a expresiones vagas e indeterminadas tales como “miles” o “millones”, “decenas de millones” o la “crisis más importante”. Asimismo, no se explicita la fuente de donde se han extraído los datos, como así tampoco se ofrecen informes confiables y verificados. La utilización de expresiones hiperbólicas y catastróficas sobre la seguridad pública coadyuva para la formación de un ambiente de alarma social y para lo que José Antonio Zamora ha denominado la “producción social de la emergencia”⁸⁸, recurso habitual para legitimar medidas excepcionales y restrictivas de los derechos y libertades de los inmigrantes: la Ley 8/2000, reformadora de la Ley 4/2000, supeditó derechos básicos como el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, el derecho a la libertad de sindicación y la huelga a la obtención de autorización de estancia o residencia en España, preceptos que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales en la STC 236/2007, de 07 de noviembre.

1.2. La aplicación del poder punitivo en los flujos migratorios. ¿Estado de derecho o derecho de excepción para los inmigrantes?

Por las razones vertidas, en ocasiones los Estados aplican a los extranjeros medidas que remiten a los presupuestos de la excepcionalidad jurídica. Así pues, en torno a la inmigración irregular existiría una lógica binaria: la primera, conformada por las normas constitucionales y cuyo destinatario son los ciudadanos, con un sistema positivizado de derechos humanos y una arquitectura institucional compleja destinada a garantizar su cumplimiento. De manera copresencial a este segmento jurídico, se aplica un derecho penal diferente y se consagran una serie de medidas restrictivas de los derechos de los inmigrantes. Esto genera un permanente estado de precariedad jurídica o, como lo ha caracterizado el filósofo Sidi Barkat,

⁸⁶ *Eldiario.es*, 07 de noviembre de 2018.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Zamora, José Antonio, “Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción”, *Revista Arbor*, Vol. CLXXX, Mayo-junio 2005, p. 61.

el inmigrante sería un “cuerpo de excepción”⁸⁹ que, en palabras de Dal Lago, se situaría en “los márgenes del derecho”⁹⁰, esto es, un cuerpo dejado a la intemperie del Estado de Derecho. En esta instancia, se mostrarán algunas situaciones fácticas y jurídicas ocurridas en España donde es posible advertir de manera cristalina la dialéctica entre Estado de Derecho y derecho de excepción respecto de los extranjeros irregulares.

Para el análisis de la aplicación de la ley penal en el control de los flujos migratorios, es indispensable exponer, aunque sea su fisonomía general, la posición socio-económica de éstos en la configuración global de la economía, debido a que los Estados promueven políticas criminales coherentes con la lógica del capitalismo neoliberal. Como apuntan Fernández Bessa y Brandariz García, “las políticas migratorias solo pueden entenderse teniendo en cuenta el ámbito económico.”⁹¹ En concreto, el capitalismo neoliberal requiere de un mercado desregulado, flexible y con mano de obra barata. Los principales sujetos que sustentan este modelo son los inmigrantes. La forma que caracteriza este trabajo, en buena medida, es la precariedad: trabajos informales que carecen de estabilidad y de derechos sociales, como el servicio doméstico, la construcción y, en el caso extremo pero no por ello aislado, la prostitución de mujeres. O la nueva forma que ha asumido la economía, esto es, la “colaborativa”, en la cual los inmigrantes integran lo que se ha denominado el precariado que, como se apuntó en el primer capítulo, se consolidó después de la crisis de 2008. Como considera Slavoj Zizek, la precariedad laboral de los inmigrantes no es contingente ni transitoria, sino que es “una necesidad estructural del capitalismo global actual.”⁹²

Bajo este orden de ideas, determinados países europeos, entre ellos España, proceden a tratar a los inmigrantes con un doble criterio: el primero, eminentemente economicista y, el segundo, un criterio que los identifica como grupo objeto específico de control por la peligrosidad que comportan. En efecto, las cosas y las mercancías circulan libremente con mínimas restricciones y a veces con ninguna y, de manera simultánea, la libertad de movimiento se ve sometida a estrictos dispositivos de control. Así, se genera un proceso que

⁸⁹ Barkat, Sidi, *Le corps d'exception. Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Éditions d'Amsterdam, París, 2005.

⁹⁰ Dal Lago, Alessandro, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, ob. cit., p. 220.

⁹¹ Fernández Bessa, Cristina y Brandariz García, José Ángel, “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica. El giro gerencial del dispositivo de deportación”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Vol. 4, 2016, p. 4.

⁹² Zizek, Slavoj, *La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror*, Anagrama, Barcelona, 2016, p. 61.

Balibar ha denominado “exclusión interior”⁹³: de una parte, se mercantiliza a los inmigrantes, al tomarse la mano de obra que proveen como mera fuerza de trabajo y que puede volverse excedentaria o desechable. Por consiguiente, expulsable del sistema económico. Por otro lado, se identifica a ciertos inmigrantes como grupo social propio y diferenciado, siendo el último eslabón de éste trayecto simbólico la consideración de no personas o enemigos como se expresó anteriormente.

Al mismo tiempo, la dinámica capitalista empuja a los inmigrantes a la clandestinidad, toda vez que no favorece la integración socio-económica estable, previsible y segura, posibilitando la inserción en espacios de marginalidad y segregación social. Por esta razón, el inmigrante se configura como un peligro *a priori* que, al momento del diseño de los lineamientos de la política criminal, deja de un lado la comisión de delitos concretos⁹⁴, siendo el criterio de la pertenencia al grupo lo que justifica la aplicación selectiva del aparato penal. De acuerdo con esto, queda en evidencia la aporía que subyace en la “exclusión interior”: identificación de los inmigrantes como grupo de riesgo y sometido a específicos dispositivos de control y, por otro lado, funcionalidad imprescindible para suministrar mano de obra precaria, colaborar en el sostenimiento del sistema de pensiones y equilibrar el desfase que existe en las poblaciones nativas europeas, en cuanto éstas cada día padecen un creciente y severo problema de envejecimiento. Dicha imprescindibilidad también se ve en la inspección inmigratoria por parte del Estado, en virtud de que éste permite con cierto margen de desidia, por acción u omisión, el trabajo informal o en negro. La estrategia de algunos Estados de la UE sobre los inmigrantes se enmarca en lo que Javier de Lucas ha caracterizado como el “principio del regateo”⁹⁵: condicionar el reconocimiento pleno de sus derechos a las necesidades socioeconómicas.

Igualmente, una de las respuestas que ha asumido el poder punitivo frente a la inmigración responde a criterios eminentemente económicos: el actuarialismo penal. Esta corriente

⁹³ Balibar, Etienne, “¿De qué son excluidos los excluidos?”, en *La igualibetad*, ob. cit., p. 334.

⁹⁴ Para Terradillos Basoco, la política criminal respecto de los flujos migratorios adolece parcialmente de legitimidad, “ya que desconoce que éste (el inmigrante), previamente, ha sido condenado a la marginalidad.” Terradillos Basoco, Juan, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en Rodríguez Mesa, María Jose y Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 58.

⁹⁵ De Lucas, Javier, “Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración”, *Sociologia del Diritto*, Núm. 2, 2004, p. 31.

criminológica se configura mediante la utilización de técnicas y dispositivos estadísticos que toman como base el modelo de empresas de seguros, cuyo objetivo principal es disminuir el riesgo que emana de las conductas delictivas. Para el actuarialismo, el delito nunca puede erradicarse de manera definitiva, por tanto, es necesario gestionarlo y administrarlo. Atendiendo a la incuestionable regla de la economía que afirma que los recursos son escasos, y más aún en contextos de crisis económica como el que arrastra la UE, lo que busca esta corriente es tornar eficiente el control social de las conductas delictivas. Como se analizará más adelante, el Estado español ha priorizado la expulsión de los inmigrantes en lugar de la pena privativa de libertad para, justamente, reducir los costos económicos.⁹⁶

Desde otro ángulo, una de las muestras donde se pone de relieve la selectividad en la aplicación del poder punitivo son las identificaciones masivas de parada, registros y detenciones en espacios públicos, que constituyen prácticas cotidianas y habituales por parte de las fuerzas de seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas. Estas actuaciones, que se realizan en función de la raza o la etnia, y que se conocen como *racial/ethnic profiling*, son discrecionales por parte de la policía y casi no están sujetas a controles jurídicos, puesto que es en extremo difícil probarlas. Además, estas conductas estatales inciden negativamente en los inmigrantes, toda vez que dificultan la integración social de los mismos y contribuyen al reforzamiento del estereotipo inmigración y delincuencia, cuestión que han denunciado y probado numerosos informes de organizaciones internacionales y no gubernamentales.⁹⁷ Por ejemplo, en Cataluña, tres de cada cuatro identificaciones aleatorias se realizan a extranjeros.⁹⁸

En lo que respecta a la instancia penitenciaria, la aplicación diferenciada del poder punitivo sale a la luz en los derechos de los reclusos extranjeros y en la utilización de la prisión preventiva y libertad condicional.⁹⁹ En particular, en lo que hace al derecho a la información

⁹⁶ Así, la expulsión constituiría un ejemplo de técnica actuarial, puesto que se “aplica a toda la categoría de los inmigrantes en situación de residencia irregular, que se considera grupo de riesgo.” Monclús Masó, Marta. “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 348.

⁹⁷ Amnistía Internacional España, “Perfiles raciales y control de la inmigración en España”, 2011.

⁹⁸ *Eldiario.es*, 20 de febrero de 2019.

⁹⁹ En este punto, se continúan los análisis de Marta Monclús Masó vertidos en su libro *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2008, en especial pp. 257-343.

y la defensa del inmigrante, éste, la mayoría de las veces, no conoce la lengua castellana o la conoce de manera insuficiente, por lo que padece una situación de indefensión y, en ocasiones, de aislamiento e incomunicación con los agentes penitenciarios y judiciales con los que trata, viendo restringida la información sobre situación personal y procesal. Por otro lado, en lo que hace al régimen de comunicaciones y visitas, los inmigrantes que se encuentran en prisión están alejados de sus familiares y personas cercanas, por lo que casi que no reciben visitas, y las carencias de recursos económicos hacen que no puedan comunicarse con su entorno.

De manera simultánea, en cuanto a la libertad condicional, las dificultades para acceder a ella son palmarias. En primer lugar, el criterio de los jueces es supeditar el permiso a que exista un particular que patrocine o mantenga al condenado, siendo que, en la mayoría de las veces, no cuentan con familiares o conocidos que garanticen dicho requisito. Asimismo, el permiso para acceder a la libertad condicional es la condición para conseguir un trabajo en el exterior, por lo que la carencia de documentación sumada a los antecedentes penales vuelve en extremo difícil que obtengan un empleo. Por último, la falta de papeles obstaculiza realizar un pronóstico favorable hacia la reinserción social del condenado, toda vez que sin documentación “no podrá llevar a cabo una vida sociolaboral de plena integración.”¹⁰⁰ En cuanto a la prisión preventiva, los inmigrantes son sujetos de riesgo por antonomasia: la falta de arraigo, la no inscripción en los empadronamientos, los precarios vínculos sociofamiliares, la carencia de un trabajo estable y registrado son algunos de los factores que llevan a los jueces españoles a considerar que el peligro de fuga es presumiblemente cierto cuando el imputado es un inmigrante. Por consiguiente, en estos casos los tribunales utilizan la prisión preventiva con mucha mayor generosidad que en el caso de imputados nacionales.¹⁰¹

A la par, donde queda en evidencia que los inmigrantes son uno de los grupos principales de los sistemas de control punitivo es en los altos índices de población reclusa en los países de la UE. Recientemente, un informe de *World Prison Brief* de 2018¹⁰² arrojó que Suiza es uno de los Estados de Europa en el que hay más personas extranjeras encarceladas en relación al total de presos, un 72%. Por su parte, en Grecia asciende al 54, 3 % y en Bélgica el 44, 3 %.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 327.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 300.

¹⁰² *Statista.com*, 25 de enero de 2018.

A estos países le siguen Italia con un 34, 2 %, Alemania con un 31, 3 % y Noruega con un 30, 5 %. En el caso de España, ha asistido a una disminución de la población reclusa extranjera en instituciones penitenciarias, dado que en 2018 supuso un 28,1% del total y en 2005 rondaba el 30, 5%, en 2008 el 35, 6% y en 2012 el 33, 4%.¹⁰³ Estas cifras revelan la innegable centralidad de los inmigrantes en la política criminal de la globalización actual.

Ahora bien, parte de la doctrina penal y criminológica ha discutido la plausibilidad y fiabilidad de dichas estadísticas, ya que existiría una sobrerrepresentación de la población reclusa extranjera debido a la selectividad con la que opera el poder punitivo y la posición socio económica vulnerable y precaria de los inmigrantes. En primer lugar, existen delitos que sólo pueden ser cometidos por extranjeros: la estancia irregular en los países que así está tipificado, o las falsedades documentales que, como advierten Brandariz García y Monclús Masó, en la mayoría de los casos son cometidas por inmigrantes.¹⁰⁴ En segundo lugar, se computan en las estadísticas los delitos cometidos por extranjeros transeúntes y turistas, principalmente por comercialización de drogas, pero no son inmigrantes estables y permanentes. En tercer lugar, los inmigrantes tienen mayor visibilidad en los espacios públicos, hecho que contribuye a acrecentar el fenómeno entre inmigración y delincuencia en la opinión pública. En este sentido, como se ha señalado¹⁰⁵, en la mayoría de los casos los delitos realizados por extranjeros son delitos contra el patrimonio (robos y hurtos) y delitos contra la salud pública, primordialmente tráfico de drogas.

1.3. La expulsión como medida prioritaria de control de la inmigración irregular

Si el inmigrante expresa una amenaza a la sociedad, pone en entredicho los fundamentos mismos del Estado y es un sujeto potencialmente riesgoso, no es casual que una de las principales reacciones por parte del poder gubernamental, a los fines de neutralizar su ajenidad en el sistema jurídico estatal, sea la expulsión. Según Portilla Contreras, “el

¹⁰³ Monclús Masó, Marta y Brandariz García, José Ángel, *Políticas y prácticas de control migratorio*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, p. 48.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 51.

¹⁰⁵ Fernández Bessa, Cristina, Ortuño Aix, José María y Manavella Suárez, Alejandra, “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en Puente Aba, Luz María (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 234.

arquetipo penal posmodernista sobre la inmigración ilegal se erige en torno a la expulsión.”¹⁰⁶ En este sentido, la expulsión es una sanción específica y diferenciada diseñada para los extranjeros, puesto que la respuesta punitiva que el Estado confiere a los ciudadanos es la prisión. El ordenamiento jurídico español, en consonancia con la aspiración de la UE de tornar eficaces las expulsiones y retornos materializada en la Directiva 2008/115/CE, prevé, en esencia, dos variables de expulsión¹⁰⁷: la de naturaleza administrativa, reglamentada en el artículo 57 de la LOEX y, por otro lado, la expulsión penal, establecida en el artículo 89 y 108 del CP. El estudio se ceñirá a la expulsión administrativa por estancia irregular, a los fines de advertir el vínculo que existe entre ésta y el derecho penal.

En primer lugar, la primera y principal causa de la expulsión administrativa, prevista para algunas de las sanciones graves y muy graves tipificadas en la LOEX, es la estancia irregular (53.1).¹⁰⁸ Este artículo contempla, en atención del principio de proporcionalidad, la imposición de una multa para sancionar la estancia irregular. Antes era habitual que los tribunales modificaran la orden de expulsión por multa económica si no existía mal comportamiento de los inmigrantes, o si no tenían antecedentes penales o circunstancias agravantes que ameriten la expulsión. Esta situación ha cambiado tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015¹⁰⁹, que estableció que deberá aplicarse como regla general la expulsión, salvo en los casos puntuales que regula la Directiva de Retorno 2008/115/CE.

¹⁰⁶ Portilla Contreras, Guillermo, “El derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, ob. cit., p. 250.

¹⁰⁷ La otra alternativa de expulsión es la de los ciudadanos comunitarios, prevista en el artículo 15 del Real-Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y recogida en el artículo 89. 4 del CP.

¹⁰⁸ La norma dispone: “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.”

¹⁰⁹ En palabras del Tribunal de Justicia: “ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación [...] Como indica el apartado 35 de la sentencia El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno.”

A diferencia de otros países, como Alemania, Francia e Italia, la estancia irregular en España es una infracción administrativa y no un delito. En 2016, la expulsión por estancia irregular en España representó el mayor porcentaje de todas las dictadas, ascendiendo al 42,5 %.¹¹⁰ Ahora bien, el elemento relevante susceptible de atención son las consecuencias jurídicas de la expulsión administrativa. Entre ellas, cabe indicar la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado (57.4). Al mismo tiempo, la expulsión conlleva la prohibición de entrada en el territorio español y, por extensión, del espacio Schengen (art. 245.2 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en adelante RLOEx), prohibición que se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso que no puede exceder de cinco años (58.1 LOEX).¹¹¹

En paralelo, uno de los posibles efectos que establece la normativa española es de someter al extranjero pendiente de un procedimiento de expulsión a la privación de libertad en los CIEs. El internamiento, que reviste naturaleza cautelar y que no puede exceder 60 días¹¹² (62.2 LOEX), ha de ser acordado por un juez y no por la administración (62.1 LOEX). Sin embargo, estas previsiones no logran suprimir la contigua relación que existe entre la infracción administrativa y un delito penal. Como primera cuestión, en este caso la privación de libertad, dispuesta por la comisión de una infracción y no de un delito, materialmente es comparable a la prisión preventiva. Por otra parte, la hibridación entre derecho administrativo y derecho penal sale a la luz en la gravedad del internamiento, puesto que, como han denunciado y probado diversos informes, los CIEs se caracterizan por encontrarse en condiciones degradantes e insalubres.¹¹³ Uno de los casos paradigmáticos es el actual CIE de

¹¹⁰ Brandariz García, José Ángel y Fernández Bessa, Cristina, “La crimigración en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio”, en López Sala, Ana y Godenau, Dirk (Coords.), *Estados de contención, Estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, 2017, p. 133.

¹¹¹ De forma excepcional, cuando el extranjero expulsado represente una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años (58.2).

¹¹² Este límite temporal no siempre se respeta y en ocasiones se prorroga de facto. Monclús Masó, Marta y Brandariz García, José Ángel, *Políticas y prácticas de control migratorio*, ob. cit., p. 37.

¹¹³ También cabe apuntar su anomia regulatoria extendida en el tiempo, puesto que fue recién en 2014, mediante el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprobó el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIEs.

Algeciras, antigua prisión que dejó de funcionar en el año 2000, o la utilización temporal como CIE del Centro Penitenciario Málaga II, en Archidona, cuando el Ministerio del Interior en noviembre de 2017 dispuso el ingreso de 577 inmigrantes argelinos y donde, días después, se suicidó un inmigrante que había estado 20 horas en aislamiento.¹¹⁴

Por otra parte, la expulsión puede ocasionar un grave riesgo en la vida o integridad del sujeto y mayor sufrimiento que la pena de prisión. En efecto, ello podría producirse cuando la expulsión se realiza al país de origen, o cuando se deporta a países de tránsito: en ocasiones, éstos son objeto de tráfico de personas, de persecuciones por razones políticas, trata de mujeres, hambrunas, catástrofes climáticas, guerras civiles entre grupos, como ha sucedido en Libia, Somalia, o Chad y Sudán, o genocidios, como el de Darfur. Al mismo tiempo, los eventuales intentos de retorno suponen cargas económicas, psíquicas y físicas extraordinarias, además de los innumerables peligros que comporta emprender los trayectos migratorios. Piénsese solamente en el itinerario del Mediterráneo, que es el espacio fronterizo más peligroso del mundo. Según informes de la Organización Internacional de Migraciones (OIM), en 2017 murieron 3.116 inmigrantes y 2054 en 2018, de las cuales 620 se produjeron en la frontera española.¹¹⁵

Por último, una situación especialmente grave, producto de la orden de expulsión, es lo que se conoce como expulsión “inejecutable”, esto es, cuando se dicta un decreto de expulsión, pero no se puede ejecutar debido a que se desconoce el país de origen del inmigrante, no existe convenio de devolución con dicho país o la administración no cuenta con los fondos suficientes para cubrir la ejecución de la expulsión. La situación de estos inmigrantes se sitúa en una especie de limbo jurídico, toda vez que no se los puede expulsar del territorio por las razones mencionadas pero, al mismo tiempo, no tienen derecho a regularizar su situación.¹¹⁶ En 2017, se calcula que 5.796 inmigrantes que estuvieron internados en los CIEs quedaron en libertad por la imposibilidad de ejecutar la orden de expulsión.¹¹⁷ Retomando el planteamiento de Agamben, el extranjero inexpulsable queda en una situación propia de la

¹¹⁴ *Eldiario.es*, 29 de diciembre de 2017.

¹¹⁵ *Mediterranean Update*, 01 de mayo de 2018 y 16 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.iom.int/es/news/se-contabilizan-103347-llegadas-y-2054-muertes-en-el-mediterraneo-en-2018>.

¹¹⁶ La disposición adicional cuarta de la LOEX dispone que la autoridad competente inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en dicha ley, y el punto g) establece que el extranjero en situación irregular es uno de esos supuestos de inadmisión de regularización.

¹¹⁷ *El Periódico*, 16 de abril de 2018.

estructura del estado de excepción, ya que está fuera de la ley pero simultáneamente dentro: “no queda sencillamente fuera de la ley ni es indiferente a ésta, sino que es *abandonado* por ella.”¹¹⁸

Como se observó, la aparente benevolencia de la configuración de la inmigración irregular como infracción administrativa en la normativa de extranjería española, y no como un delito como sucede en otros países europeos, en el plano de la realidad presenta notorias semejanzas con una respuesta propia del derecho penal. Así, en este caso se genera una clara confusión de las “políticas de gobierno de fronteras –administrativas, pero reforzadas simbólicamente por su claro sesgo soberano– y las políticas punitivas.”¹¹⁹ Por las razones explicadas, se ha sugerido acertadamente que la inmigración irregular se configuraría como un “cuasi delito”¹²⁰ y también, por el contenido, alcance y severidad de la medida de expulsión potencialmente generadora del internamiento, sería conveniente hablar de un “fraude etiquetas”¹²¹, esto es, una sanción que conlleva materialmente efectos penales pero que formalmente es de naturaleza administrativa.

2. Del derecho penal del enemigo al derecho administrativo del enemigo

2.1. La relación entre derecho penal y derecho administrativo bajo el modelo securitario

Las vinculaciones teóricas y prácticas entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador han sido harto desarrolladas y discutidas en la doctrina jurídica. En líneas generales, el poder punitivo de los Estados se divide en dos grandes campos: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Como es conocido, el derecho penal castiga la comisión de delitos, mientras que el derecho administrativo sancionador realiza lo mismo con las infracciones administrativas. En tanto, la respuesta estatal frente al delito es la privación de libertad que se cristaliza en la prisión –aunque ésta regla presente múltiples excepciones–, mientras que la sanción por excelencia en el derecho administrativo es la multa. Otra de las diferencias entre ambos regímenes la constituye el sujeto que impone el

¹¹⁸ Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, ob. cit., p. 44. La cursiva es del autor.

¹¹⁹ Monclús Masó, Marta y Brandariz García, José Ángel, *Políticas y prácticas de control migratorio*, ob. cit., p. 39.

¹²⁰ Silveira Gorski, Héctor, “Estados expulsores y semi personas en la Unión Europea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Vol. 1, septiembre, 2011, p. 14.

¹²¹ Monclús Masó, Marta y Brandariz García, José Ángel, *Políticas y prácticas de control migratorio*, Ediciones Didot, ob. cit., p. 39.

castigo, toda vez que en el derecho penal es un juez y, en el ámbito del derecho sancionador, la administración pública. En el presente apartado se tratarán los vínculos entre los dos segmentos del poder punitivo bajo el prisma del nuevo modelo de seguridad ciudadana.

En los últimos años, el modelo securitario del derecho penal, concentrado en la prevención del delito, ha irradiado en el derecho administrativo sancionador, toda vez que en éste último se ha expandido ampliamente la intervención administrativa. Por ello, el giro penal securitario “podría traducirse en un *derecho administrativo sancionador securitario*.”¹²² De manera similar, Miguel Ángel Presno Linera ha escrito que se ha producido una “expansión codiciosa del derecho administrativo sancionador.”¹²³ En efecto, una de las expectativas que ha guiado este giro ha sido la de proporcionar mayor tranquilidad y seguridad por presuntas situaciones conflictivas que alteran el orden público, principalmente originado por, en opinión de María Luisa Maqueda Abreu, el “imparable ascenso de las clases peligrosas”¹²⁴: inmigrantes, toxicómanos, bandas juveniles, vagabundos, prostitutas, movimientos de protesta y activistas políticos. En este sentido, la respuesta coercitiva estatal, dentro de la cual el derecho administrativo sancionador constituye un brazo fundamental, ha sido la de neutralización y segregación en los espacios públicos de las aludidas clases peligrosas. Así, el discurso acerca de la seguridad ciudadana afirma la necesidad de garantizar ciudades seguras, libres y limpias frente a las transgresiones causadas por sujetos que son calificados como ociosos, vandálicos, desorganizados, improductivos y que protestan contra el sistema institucional y económico.

La expansión de la actividad sancionadora de la administración se materializó de manera inequívoca en la LOPSC. En primer lugar, conviene señalar que ésta, junto con la reforma del CP de 2015, constituyó una de las piezas claves del reforzamiento del poder represivo del Estado respecto de las libertades individuales en el terreno de la seguridad ciudadana.¹²⁵

¹²² Rando Casermeiro, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 1, 2010, p. 7. Las cursivas son del autor.

¹²³ Presno Linera, Miguel Ángel, “La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario (análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana)”, en Actas del III Coloquio binacional México-España, *Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017, p. 593.

¹²⁴ Maqueda Abreu, María Luisa, “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las clases peligrosas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 17-12, pp. 1-56.

¹²⁵ Cabe agregar que se encuentra pendiente de resolver un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Dicho recurso, que lleva por número 2896-2015, estuvo promovido por más de cincuenta

Entre otros objetivos, la LOPSC pretendió blindar la seguridad pública por las masivas oleadas de protestas impulsadas por la ciudadanía y los movimientos sociales en las grandes ciudades de España, generada por las medidas de ajuste económico consumadas en la última crisis financiera. La respuesta de represión policial en el marco de la crisis expresó, como aprecia Antonio Giménez, “altas dosis de violencia política”¹²⁶, con lo que se quiere decir que la LOPSC (que implicó un aumento considerable de los poderes y facultades de las fuerzas de seguridad y la mengua de las libertades individuales, especialmente el derecho de reunión, la libre asociación y la libertad de expresión) habría que ponerla en el contexto de los recortes en las prestaciones sociales y sanitarias y los servicios públicos que fueron justificados con el argumento de la crisis económica.

El modelo preventivo de seguridad ciudadana se observa de manera cristalina en el principio rector contenido en el artículo 4.3. de la LOPSC. Si bien el artículo 4.1. ordena que las actuaciones de las autoridades y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se regirá por los principios de legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y responsabilidad, y se someterá al control administrativo y jurisdiccional, seguidamente la normativa dispone que la actividad de intervención se “*justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso*” que sea “susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana”, como así también atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas.

Esta filosofía de corte securitario queda mejor ilustrada con los ejemplos concretos que la conforman. Así, el artículo 36.1, tipificado como infracción grave, apela a un concepto vago y genérico como el de “la perturbación de la seguridad ciudadana” en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones, o que exista una “perturbación grave” que se produzca en ocasión de manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las

diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados.

¹²⁶ Giménez Merino, Antonio, “Legitimar a través de la eficacia, normalizar la desigualdad”, en Pilatti, Adriano, Soares de Moura, Andityas y Duarte Costa Corrêa, Murilo (Coords.), *O estado de exceção e as formas jurídicas*, ob. cit., p. 7.

comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas (36.2.). En ambos casos, el ejercicio del derecho de reunión (art. 21 Constitución Española) puede verse seriamente afectado, visto la indeterminación y extensión del campo material regulado por las disposiciones, que dejan al arbitrio de las fuerzas de seguridad la decisión de configuración de tales infracciones. Además, no se cumple con las exigencias de certeza, precisión y claridad que impone el principio de tipicidad en las infracciones.

Al mismo tiempo, la Ley consagró significativos ejemplos de adelantamiento de la intervención administrativa. Así, en lo referido a la restricción del tránsito y los controles en las vías públicas (17.1), se habilita a los agentes de seguridad a limitar o restringir la circulación o permanencia en lugares públicos y a establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o “cuando *existan indicios racionales* de que pueda producirse dicha alteración”. Por otra parte, en cuanto a la facultad de los agentes de realizar registros corporales externos (20.1) –que constituyen, en cierto modo, prácticas invasivas de la libertad personal– se establece que podrá practicarse el registro corporal externo “cuando existan *indicios racionales para suponer*” que puedan conducir al hallazgo de instrumentos u otros objetos para el ejercicio de las funciones de indagación. Esta facultad, en palabras de Maqueda Abreu, elude la exigencia de “motivos de seguridad concretos que determinan la necesidad del registro, sin que basten las meras sospechas de ocultación de un objeto.”¹²⁷

Otras disposiciones profundizan el modelo administrativo securitario. En particular, constituye una infracción leve (37) “la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley” (37.7), norma que no especifica la remisión legislativa concreta a la cual se dirige. Otro supuesto tipificado como infracción grave (36.23) es el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que “*pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes*”. En este caso, no se determina el procedimiento de autorización de grabación a las fuerzas policiales, como tampoco el ciudadano o un periodista conoce que grabando a los agentes ponga en peligro su familia o el éxito de una operación. Según Maqueda Abreu, estos

¹²⁷ Maqueda Abreu, María Luisa, “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las clases peligrosas”, ob. cit., p. 45.

preceptos transgreden la “exigencia de taxatividad y concreción (...) que deben regir la descripción de las normas sancionadoras.”¹²⁸

Entre los objetivos que propenden a la segregación y la estigmatización de los infractores, cabe señalar la creación del Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana (43), a los efectos de apreciar la reincidencia. Ramón Campderrich Bravo no duda en calificar este Registro como “el primer paso para la formación de listas negras oficiales”¹²⁹ de sujetos con antecedentes y, por ende, marcados como riesgosos para el futuro. Por último, en concordancia con un modelo de gestión de los riesgos que estimula la participación privada en su persecución y que sugiere un cercano acercamiento a las técnicas actuariales de control social, la LOPSC dispone que las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada “*tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*” en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones (7.3).

Por otra parte, el afán sancionador de la administración que persigue la LOPSC viene confirmada por las estadísticas de imposición de sanciones. En efecto, como informa Amnistía Internacional España¹³⁰, desde el 1 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017 se impusieron 73.187 sanciones sólo en aplicación de los artículos 37.4 y 36.6. El primero de los artículos tipifica como infracción leve “*las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*” En cuanto al artículo 36.6, individualiza como infracción grave “*la desobediencia o la resistencia a la autoridad*” a los agentes de seguridad en el ejercicio de sus funciones, como así también “*la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad*” o la “*alegación de datos falsos en los procesos de identificación.*” Según Amnistía Internacional, la actuación administrativa supone un promedio de 80 sanciones diarias. Igualmente, se comprobó que el artículo 36.6 fue aplicado en el contexto de manifestaciones públicas o actos de protesta, en los que no

¹²⁸ Ibíd., p. 43.

¹²⁹ Campderrich Bravo, Ramón, “Leviatán nos mira. Comentario crítico de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista mientras tanto*, 23 de junio de 2015.

¹³⁰ Amnistía Internacional España, “España/Ley Mordaza: Una media de 80 multas diarias contra la libertad de expresión”, noviembre de 2018.

hubo ningún tipo de incidente violento o altercado, lo que afecta gravemente el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

2.2. *La polémica en torno al derecho administrativo del enemigo*

Como se apuntó en la introducción de la presente investigación, el derecho administrativo del enemigo es una categoría reciente y no ha sido desarrollada en profundidad en el ámbito de la reflexión jurídica. El primer dato a constatar, como su nombre lo indica, es que toma prestado sus presupuestos y características de la doctrina del derecho penal del enemigo. Así pues, se trasladan las tesis principales de ésta doctrina al ámbito del derecho administrativo para describir y explicar ciertas normas, actos administrativos y actos materiales de los agentes estatales donde existiría una aplicación selectiva del poder punitivo de la administración. La proposición argumentativa que subyace en el derecho administrativo del enemigo es la creciente utilización de la administración pública como instrumento para neutralizar a determinados sujetos, que son calificados previamente como agresores o enemigos.

En este sentido, varios autores han recurrido a la categoría, aunque sea de forma incoativa. En primer lugar, cabe mencionar a Juan Ramón Capella, quien, pese a que no nombró el término expresamente, en una conferencia de 1991 adelantó algunos de sus rasgos característicos. Así, estimó que la ya derogada Ley de Protección de Seguridad Ciudadana de 1992 –más conocida como Ley Corcuera– consagraba un “auténtico derecho penal administrativo”¹³¹, que por infracciones menores “puede imponer sanciones pecuniarias muy elevadas, sin ninguna de las garantías del proceso judicial penal.”¹³² Por su parte, Javier de Lucas ha escrito que en las fronteras de Ceuta y Melilla se ejerce “no sólo un derecho penal del enemigo, sino también un derecho administrativo del enemigo”¹³³, puesto que se desarrollan una serie de prácticas administrativas y policiales supuestamente justificadas por “el riesgo y la amenaza de grupos estigmatizados o contruidos como el agresor o enemigo externo.”¹³⁴ Otro nombre a destacar es Ricardo Rivera Ortega que, al indagar sobre los

¹³¹ Capella, Juan Ramón, “Un estado de excepción personalizado”, en *Grandes esperanzas. Ensayos de análisis político*, ob. cit., p. 43.

¹³² *Ibíd.*, p. 43.

¹³³ De Lucas, Javier, *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 25.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 25.

contenidos de la LOPSC, aseguró que la misma escogió un conjunto de “actuaciones policiales y punitivas en clave de seguridad”¹³⁵ que van desde el Derecho administrativo hasta el Derecho penal, entrecruzamiento que ha generado “una suerte de Derecho administrativo del enemigo.”¹³⁶

Otro de los autores que ha desarrollado con amplitud y consistencia la categoría ha sido Presno Linera. Como primera cuestión, cabe remarcar que su análisis se circunscribió al universo de la LOPSC, concretamente en el primer Anteproyecto presentado en el Congreso en 2013. Conviene apuntar que éste recibió modificaciones considerables en el trayecto del trámite parlamentario y posterior sanción como Ley por las contundentes críticas que realizaron, mediante sendos informes, el Consejo General del Poder Judicial¹³⁷ y el Consejo Fiscal, como así también por parte de los movimientos y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos. Para el profesor de la Universidad de Oviedo, el Anteproyecto mencionado se decantaba de forma indubitable por un modelo securitario que otorgaba mayor preponderancia a la protección de bienes jurídicos que a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por esta razón, el Anteproyecto optaba

al menos en numerosos preceptos, por el Derecho administrativo del enemigo –protección de bienes jurídicos– y no por el Derecho administrativo del ciudadano –protección de las esferas de libertad.¹³⁸

¹³⁵ Rivero Ortega, Ricardo, “La nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: ¿Estrado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, Junio 2015, p. 12.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 12. Otros autores han utilizado términos que guardan una cercana relación con el derecho administrativo del enemigo, aunque no exactamente igual. Así, en un libro reciente se ha empleado el vocablo “burorrepresión” para significar una batería de tecnologías de control social y sanciones administrativas disponibles en el ordenamiento jurídico español donde, como se explicó anteriormente en el contexto de la crisis económica, se identificó a ciertos sujetos como peligrosos, tales como sindicatos, grupos de protesta y organizaciones sociales. Oliver Olmo, Pedro (Coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.

¹³⁷ El informe del Consejo General del Poder Judicial afirmó que el Anteproyecto, en consonancia con la reforma del CP acontecida en 2015, se situaba en la estela de lo que “se ha venido a llamar *Derecho penal de la peligrosidad*. Desde los axiomas de este derecho, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que el Estado y los Poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance. Como consecuencia de ello, la Ley proyectada, por un lado, intensifica la acción preventiva, no solo del delito, sino también de las infracciones administrativas, y por otro, incrementa notablemente las infracciones contra la seguridad ciudadana.” Consejo General del Poder Judicial, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana”, marzo de 2014.

¹³⁸ Presno Linera, Miguel Ángel, “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 34, 2014, p. 283. Entre ellos, cabe mencionar a la tipificación como sanción muy grave a “la convocatoria por cualquier medio o la asistencia a cualquier reunión o manifestación, con finalidad coactiva” (art. 34.2); la consideración como infracción grave de “los actos de obstrucción que pretendan impedir a las autoridades públicas la ejecución de resoluciones administrativas o judiciales” (art. 35.5), norma que se encuentra vigente en la actual LOSC en el artículo 36.4; o las

Además del planteamiento de Presno Linera, en los últimos años el autor que ha trabajado con más profundidad y bajo una mirada sugestiva el derecho administrativo del enemigo ha sido Eduardo Melero Alonso, que ha publicado una docena de artículos sobre los que, en su opinión, constituirían casos o supuestos encuadrables en dicha categoría. Así, las devoluciones sumarias en las fronteras de Ceuta y Melilla; la identificación por perfiles raciales en España a inmigrantes por parte de las fuerzas de seguridad; las ordenanzas de algunos ayuntamientos referidas a la vivienda, que funcionan como un instrumento de segregación de las personas en situación de calle; o la inobservancia del deber de los policías que no portan la identificación y la realización de interrogatorios por parte de agentes encapuchados, son ejemplos donde se vislumbra la aplicación selectiva del poder punitivo de la administración, la disminución en la garantías de los derechos y la individualización de ciertos sujetos susceptibles de exclusión del ordenamiento jurídico.

2.3. El derecho administrativo del enemigo: concepto, presupuestos metodológicos y características

Desde el orden de ideas expuesto, Melero Alonso sostiene que es válido utilizar el derecho administrativo del enemigo como categoría general de análisis del derecho administrativo, siempre y cuando se detecten espacios de actuación administrativa en los que se utiliza el derecho “como un instrumento para combatir a aquellos individuos que son considerados como especialmente peligrosos.”¹³⁹ La estrategia argumentativa de este autor consiste en tomar al derecho administrativo del enemigo como polo o tendencia del derecho administrativo del ciudadano, maniobra que, como se explicó en el primer capítulo, también la efectúa Jakobs. El punto singular entre ambos polos es el solapamiento y la hibridación: así, existen “zonas intermedias”¹⁴⁰ donde coexisten disposiciones jurídicas propias de las dos tendencias jurídicas. La razón de que estas esferas se entremezclen se justifica porque

“manifestaciones públicas, escritas o verbales, efectuadas a través del uso de banderas, símbolos o emblemas con la finalidad de incitar a comportamientos de alteración de la seguridad ciudadana” (art. 35.16); o el incremento de los importes, que en las infracciones leves alcanzó el triple (de 300 a 1000 euros) respecto de la anterior Ley de Seguridad Ciudadana.

¹³⁹ Melero Alonso, Eduardo, “El derecho administrativo del enemigo como categoría general de análisis del derecho administrativo”, en *Libro homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Thomson Reuters, Navarra, 2018, p. 400.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 395.

concibe al derecho administrativo del enemigo como un “tipo jurídico-estructural”¹⁴¹, en términos de Karl Larenz, es decir, se trata de rasgos que están

relacionados entre sí, cuyos elementos son contenidos normativos juntamente con las relaciones de vida en ellos tenidos en cuenta. Al menos algunos de estos elementos pueden modificarse de caso en caso o estar ausentes en el caso particular sin que por ello desaparezca la pertenencia al tipo (...) no presupone la concurrencia de todos o de determinados elementos, sino que puede resultar de enlaces arbitrarios de elementos que podrían darse con diferentes grados de intensidad.¹⁴²

En consecuencia, de las características típicas puntualizadas por Jakobs –adelantamiento de la punibilidad, penas desproporcionadamente altas o draconianas, supresión o disminución de garantías procesales, paso de una legislación penal a una legislación de lucha, identificación de una categoría de sujetos que no prestan obediencia al orden jurídico– no es requisito imprescindible que se configuren todas para incluir determinada norma en el derecho administrativo del enemigo. Ello abre la posibilidad de que “estén presentes con mayor menor intensidad (...) o, incluso, que alguno de ellos esté totalmente ausente.”¹⁴³ De manera similar a las notas distintivas delineadas por Jakobs, las peculiaridades del derecho administrativo serían las siguientes:

1. Se produce un adelantamiento de la intervención administrativa. Incluyendo no sólo el ejercicio de la potestad sancionadora, sino otras medidas que afectan a los derechos de las personas.
2. Se adoptan medidas desproporcionadamente gravosas o se establecen sanciones desproporcionadamente altas.
3. Se establece una legislación de lucha para combatir determinadas acciones o actividades.
4. Se suprimen determinadas garantías procedimentales y/o procesales.
5. Se lleva a cabo la identificación de una determinada categoría de sujetos como enemigos.¹⁴⁴

Por otra parte, una de las potencialidades del concepto vendría dada por la posibilidad de describir una realidad administrativa tanto a nivel jurídico como factual. Así, la categoría se convierte en un instrumento hermenéutico competente para interpretar normas, actos gubernamentales formales y hechos de la realidad. Pero, además de esta ventaja interpretativa, el derecho administrativo del enemigo también es una “herramienta de análisis

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 395.

¹⁴² Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p.460-461.

¹⁴³ Melero Alonso, Eduardo, “El derecho administrativo del enemigo como categoría general de análisis del derecho administrativo”, *ob. cit.* p. 396.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 401.

crítico de esa realidad administrativa”¹⁴⁵, tarea que se concreta al poner de relieve la arbitrariedad, discriminación, segregación social y violación de derechos producida por el ejercicio del poder sancionador de la administración. En particular, la categoría sería capaz de comprender las políticas administrativas que hay detrás de este tipo de decisiones. En este punto, el derecho administrativo del enemigo parte de una concepción “realista del derecho, que no sólo incluya el derecho normado sino también el derecho practicado.”¹⁴⁶ Al mismo tiempo, y suspendiendo por un momento los juicios de valor sobre la controversia de si Jakobs le confiere legitimidad o no al derecho penal del enemigo, lo relevante en dicha teoría consiste en “describir a quién el sistema jurídico trata como enemigo, y pronosticar a quién atribuirá en el futuro ese papel.”¹⁴⁷

En el presente capítulo se observó el proceso mediante el cual los inmigrantes irregulares son calificados como no personas o enemigos por los poderes públicos. Al mismo tiempo, se hizo hincapié en la aplicación selectiva del poder punitivo, aplicación que se advierte de manera diáfana en casos como el control de identidad realizado en los espacios públicos por motivos raciales, la libertad condicional o la prisión preventiva. El último paso de la exclusión social del inmigrante irregular lo compone la expulsión, mecanismo jurídico que revela su ajenidad radical respecto del orden jurídico nacional. Por otra parte, se explicó cómo el modelo penal de la globalización, que se concentra en la prevención de los riesgos, también ha desembarcado, parcialmente, en el ámbito del derecho administrativo sancionador mediante la LOPSC. Por último, se argumentó la utilización de la doctrina del derecho penal del enemigo en el ámbito del derecho administrativo, puesto que la actuación de la administración, en determinados casos, se guía por los presupuestos de aquella. Uno de esos casos lo constituyen las devoluciones en las fronteras de Ceuta y Melilla, como se tratará a continuación.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 407.

¹⁴⁶ Melero Alonso, Eduardo, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las expulsiones en caliente): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 174, octubre-diciembre 2015, pp. 428.

¹⁴⁷ Jakobs, Gunther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer Editores, Buenos Aires, 2006, p. 95.

Capítulo III. Las devoluciones sumarias en las fronteras de Ceuta y Melilla: un supuesto de derecho administrativo del enemigo

1. Las devoluciones sumarias o “expulsiones en caliente” en Ceuta y Melilla

1.1. El contexto: política migratoria española (2004-2019). La externalización de las fronteras. El caso de Marruecos

El modelo securitario sobre el control de los flujos migratorios expuesto en el capítulo anterior se revela con toda su nitidez en las devoluciones producidas en las fronteras de Ceuta y Melilla. En efecto, la administración española, a través de la Guardia Civil, identifica a un grupo de personas como especialmente peligrosas y ejecuta una serie de actuaciones materiales destinadas a neutralizarlas. Ahora bien, aunque en buena parte del derecho penal y el derecho administrativo sancionador la intervención del poder punitivo procede de manera selectiva, en el ámbito de las devoluciones sumarias debe sumarse el plus de que el Estado deporta a los inmigrantes de hecho y sin seguir procedimiento administrativo alguno. El presente capítulo se concentrará en el estudio de las mismas, concretamente en sus aspectos sociopolítico y jurídico. Por último, y a la vista de lo investigado hasta aquí, se argumentará que estas expulsiones constituyen, bajo una estructura que responde a las características del estado de excepción, un caso de derecho administrativo del enemigo.

Previo analizar las devoluciones de Ceuta y Melilla, es imprescindible contextualizar la política migratoria española de los últimos años y su relación con el papel que ocupan ambas ciudades en la misma. Desde 2004, con el primer Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, España comenzó a adoptar una indudable postura de “externalización” de las fronteras exteriores. La categoría externalización, ampliamente desarrollada y discutida en el ámbito del derecho de las migraciones, implica que la intervención y la gestión de los flujos migratorios se trasladan más allá de las fronteras territoriales, es decir, se produce una delegación del control de la movilidad inmigratoria hacia los principales países de tránsito “para crear una zona tampón alrededor de la UE y supuestamente disuadir la migración.”¹⁴⁸ De ahí que se haya denominado a determinados Estados de África, especialmente a

¹⁴⁸ Gabrielli, Lorenzo, “La externalización europea del control migratorio ¿La acción española como modelo?”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2017*, Núm. 2, p. 128.

Marruecos, como los “Gendarmes de Europa.” Del mismo modo, la externalización es la contracara de la eliminación de las fronteras interiores de la UE, la cual, desde los Acuerdos de Schengen de 1985, ha sido uno de los elementos fundamentales que definió al proceso de integración europeo.

En este sentido, las medidas que cristalizan la externalización de las fronteras son, entre otras: la apertura de centros y campamentos de inmigrantes y refugiados en países de fuera de la UE; la expedición de visados en las embajadas o consulados ubicados en los países de origen o de tránsito, trámites en los cuales se exigen una lista de requisitos legales, económicos y administrativos que funcionan como mecanismo de filtración de los inmigrantes; el refuerzo de las fronteras exteriores, a través de dispositivos de vigilancia, tales como vallas, patrullas, torres de control y cámaras de seguridad, como las instaladas en Ceuta y Melilla; acuerdos de readmisión de inmigrantes con los terceros Estados, como el suscrito entre España y Marruecos en 1992¹⁴⁹; ayudas al desarrollo y convenios de cooperación donde se destinan grandes porciones de recursos económicos a fin de paliar las causas económicas de la inmigración, como el Plan África llevado adelante por España desde 2006¹⁵⁰; las Políticas Europeas de Vecindad o, por último, la utilización de los dispositivos del FRONTEX. En suma: mecanismos que pretenden reducir los flujos migratorios con el objetivo de controlar mínimamente las fronteras territoriales estatales.

Bajo este orden de ideas, el proceso de externalización más significativo realizado por España ha sido en relación con Marruecos, país que, como apuntan Ricard Zapata y Jonathan Cristiani, representa, simbólica y jurídicamente, la “barrera”¹⁵¹ para frenar a los inmigrantes africanos que intentan cruzar a Europa. Marruecos se ha convertido en el principal contenedor, regulador y controlador de los flujos migratorios con dirección a España, de manera similar a lo que ocurre con Libia, Túnez o Turquía respecto de Grecia o Italia. Lo anteriormente dicho encuentra su máxima expresión y visualización en las fronteras de Ceuta

¹⁴⁹ Otro ejemplo inequívoco de externalización de las fronteras lo constituyó el acuerdo firmado entre la UE y Turquía en 2016. En él, se pactó la deportación de los inmigrantes que hubiesen entrado a Grecia de forma irregular y Turquía se comprometió a recibirlos. Para concretar esta política, la UE le otorgó a Turquía 6000 millones de euros.

¹⁵⁰ En marzo de 2019, el Consejo de Ministros español aprobó el III Plan África.

¹⁵¹ Zapata Barrero, Ricard y Zaragoza Cristiani, Jonathan, “Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y de flujos migratorios?”, *Panorama Social*, Núm. 8, 2008, p. 189.

y Melilla: ambas ciudades son los “íconos de la fronterización exterior.”¹⁵² Por otra parte, como se comprobará más adelante, en las devoluciones sumarias las fuerzas de seguridad marroquíes colaboran estrechamente con las autoridades españolas, bajan a los inmigrantes de las vallas y los devuelven a distintas provincias del país.

Simultáneamente, surgiría una contradicción sobre la postura adoptada por Marruecos en el proceso graficado: por un lado, colabora activamente con España y con la UE para contener y direccionar los flujos migratorios irregulares. En contraste, uno de los discursos oficiales del Gobierno marroquí consiste en reivindicar la titularidad y posesión de Ceuta y Melilla, debido a que las consideran enclaves coloniales producto de la derrota de las guerras con España sucedidas en el siglo XIX. Sin embargo, la contradicción es meramente aparente, puesto que Marruecos ha “instrumentalizado”¹⁵³ la política migratoria, táctica que ha sido clave en su empoderamiento geopolítico: por su papel de custodio de la inmigración negocia, amenaza, presiona o afianza los vínculos con España y la propia UE. Por citar un ejemplo ilustrativo, en 2010 el Primer Ministro marroquí tomó la iniciativa de dialogar con España para reclamar la soberanía de Ceuta y Melilla, propuesta que el Gobierno español rechazó de manera categórica. El día siguiente a la negativa centenares de inmigrantes intentaron saltar la valla de Melilla, salto que ocurrió después de dieciocho meses sin producirse ninguno.¹⁵⁴

En cuanto a la posición jurídico-institucional de Ceuta y Melilla, éstas se definen por una especial singularidad. Ambas plazas de soberanía española no están constituidas en Comunidades Autónomas, sino que son Ciudades Autónomas que adquirieron tal estatuto en 1995 y carecen de las competencias legislativas propias con las que cuentan las Comunidades.¹⁵⁵ A la par, no integran el espacio aduanero de la UE, puesto que conservan el carácter de puertos francos obtenido en el siglo XIX. Entretanto, los efectos del Tratado

¹⁵² Ferrer Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo, “Los limbos fronterizos de Ceuta y Melilla: excepcionalidad y resistencias”, en Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo (Eds.), *Estados de excepción en la excepción del Estado. Ceuta y Melilla*, Icaria, Barcelona, 2018, p. 25.

¹⁵³ Cristiani Zaragoza, Jonathan, “¿Externalización del control migratorio o empoderamiento e instrumentalización de la inmigración? El caso de España-Marruecos”, en López Sala, Ana y Godenau, Dirk (Coords.), *Estados de contención, Estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, ob. cit., p. 38.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 39.

¹⁵⁵ La disposición transitoria quinta de la Constitución Española establece que las ciudades de Ceuta y Melilla “podrán constituirse en Comunidades Autónomas” si así lo deciden sus respectivos ayuntamientos mediante una Ley Orgánica. Su régimen jurídico definitivo, instaurado mediante la Ley Orgánica 1/95, de 13 de marzo, en el caso de Ceuta y la Ley 2/95, de 13 de marzo, en el caso de Melilla, optó por el de Ciudades Autónomas.

de Schengen se despliegan sobre ellas con notable detalle. En efecto, en el punto III de la Ratificación del Protocolo de Adhesión de España al Acuerdo Schengen, acontecido el 23 de julio de 1993, se establece que seguirán aplicándose por parte de España los controles actualmente existentes para mercancías y viajeros procedentes de las ciudades de Ceuta y Melilla. Al mismo tiempo, se instauró una exención de visado, que corresponde al “pequeño tráfico fronterizo”, entre las dos ciudades y las provincias marroquíes de Tetuán y Nador.

Como se analizó en el segundo capítulo, este caso reproduce la lógica de exclusión interior de la que habla Balibar y que orienta el control de los flujos migratorios: por un lado, se flexibilizan los controles de entrada y salida a los habitantes de Tetuán y Nador, debido a que cumplen una función económica esencial en Ceuta y Melilla. Principalmente, en el sector doméstico, la construcción, la gastronomía, la hostelería y, sobre todo, lo que se conoce como comercio irregular: el tránsito ilegal de mercancías desde ambas ciudades a Marruecos y que ha dado lugar al singular fenómeno socio laboral de las “porteadoras.”¹⁵⁶ No obstante, esto no sucede con el resto de ciudadanos marroquíes que no habiten dichas provincias, los cuales están sometidos a férreos controles de seguridad en la frontera. Por último, el artículo 41 del Reglamento (CE) 399/2016, que regula el Código de Fronteras Schengen, prescribe que sus disposiciones no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla.

1.2. Las devoluciones sumarias de Ceuta y Melilla. Concepto. Casuística

La primera valla fronteriza construida en Ceuta data de 1995. Tiempo después se levantó una segunda valla, quedando una carretera entre medio de ambas en la cual la Guardia Civil patrulla constantemente. En 1999, se instaló una malla de concertinas y se elevaron las vallas a 3 metros de altura. En total, la extensión del vallado ceutí cuenta con 8,3 kilómetros. Por lo que concierne a Melilla, la edificación de la primera valla se terminó en 1998, y seguidamente se erigió una segunda, siguiendo el modelo implementado en Ceuta. A raíz de los acontecimientos de 2005 que se describirán a continuación, las vallas de Melilla se

¹⁵⁶ Las porteadoras son mujeres marroquíes que transportan grandes bolsas y fardos de mercancías sobre sus espaldas desde Marruecos hasta Ceuta. Este comercio atípico o irregular “reporta a Ceuta cuantiosos beneficios económicos. Buena parte de las importaciones que llegan a Ceuta se convierten posteriormente en exportaciones irregulares a Marruecos, gracias a la actividad que realizan miles de mujeres porteadoras. Se estima que el 45, 6 % de las importaciones que llegan al puerto ceutí se convierten en exportaciones –no reguladas– a Marruecos.” Fuentes Lara, Cristina, “Las mujeres porteadoras y el comercio irregular en la frontera de Ceuta”, en Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo (Eds.), *Estados de excepción en la excepción del Estado. Ceuta y Melilla*, ob cit., p. 74.

aumentaron a 6 metros y se instaló una tercera valla en territorio de Marruecos, acción que recibió el reproche institucional y diplomático de dicho país. En 2014, Marruecos ha levantado una cuarta valla. En total, la prolongación del cercado de Melilla se alarga hasta los 10,2 kilómetros. Por último, cabe señalar que tanto las vallas de Ceuta como las de Melilla están dotadas de numerosos y complejos dispositivos de seguridad, como cámaras de video, torres de control, micrófonos, luces de alta intensidad, mallas anti-trepa, alambre de púa, un sistema de radar para detectar inmigrantes y, desde luego, el ininterrumpido patrullaje de la Guardia Civil.¹⁵⁷

Descrito el escenario fronterizo de Ceuta y Melilla, es necesario precisar el concepto de devoluciones en caliente, también denominadas “sumarias” o “expres.” Todos estos términos remiten a un mismo significado: la devolución inmediata, por parte de la Guardia Civil, de los inmigrantes que pretenden cruzar ambas fronteras para ser entregados a las fuerzas de seguridad marroquíes. Una definición completa, con todos sus elementos y características, la ha ofrecido Margarita Martínez Escamilla:

La actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en concreto de la Guardia Civil, consistente en la entrega sumaria, por la vía de hecho a las autoridades marroquíes de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados en zona de soberanía española, es decir, la entrega sin seguir procedimiento alguno que garantice el ejercicio de los derechos reconocidos en la normativa nacional, comunitaria e internacional.¹⁵⁸

En cuanto a las estadísticas, ningún ministerio, órgano, ente o instituto dependiente del Gobierno español ha elaborado datos sobre las devoluciones sumarias: la no confección de estadísticas ha sido la política oficial adoptada durante los últimos años. En una respuesta del ex Ministro del Interior, el 28 de junio de 2017, ante el requerimiento del parlamentario Jon Iñarritu García del Grupo Mixto (EH Bildu) sobre los números de rechazos en frontera, el Ministro declaró que “no existe una contabilización de los mismos al entender que de facto

¹⁵⁷ Se calcula que entre 2005 y 2013 el Gobierno español invirtió 47 millones de euros en la valla de Melilla y 25 millones en la de Ceuta. Además, el mantenimiento de las vallas tendría un coste anual de 10 millones de euros. El dato se encuentra en el Informe de Gadem y Migreurop “Ceuta y Melilla. Centros de selección a cielo abierto a las puertas de África”, diciembre 2015.

¹⁵⁸ Martínez Escamilla, Margarita, “Fronteras sin derechos. Las devoluciones en caliente”, en López Sala, Ana y Godenau, Dirk (Coords.), *Estados de contención, Estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, ob. cit., p. 60.

no han entrado en nuestro país.”¹⁵⁹ Esta línea discursiva se basa en el concepto operativo de frontera, que se desarrollará más adelante: al no producirse un ingreso efectivo de los inmigrantes en territorio español, no se producen estadísticas. Recién en diciembre de 2018 la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior, a requerimiento de una senadora andaluza, informó que durante 2017 se produjeron 482 devoluciones sumarias en Ceuta y 533 en 2018, mientras que, en Melilla, se efectuaron 125 en el 2017 y 125 en el 2018.¹⁶⁰

Por otro lado, debe hacerse notar la participación (ampliamente verificada) de las fuerzas de seguridad marroquíes, en particular las Fuerzas Auxiliares, la Gendarmería y la Armada. Conviene recordar que la misma se enmarca, como se evidenció anteriormente, en la política de externalización de las fronteras. Pese a que no haya ningún acuerdo o protocolo entre los dos países que establezca los criterios de la participación mancomunada, las autoridades marroquíes colaboran estrechamente con la Guardia Civil. En una intervención pública en Tánger el ex Ministro del Interior español agradeció la “magnífica colaboración y el esfuerzo que hacen las autoridades marroquíes”¹⁶¹, en referencia a los flujos migratorios en el perímetro fronterizo de Ceuta y Melilla, puesto que “sin esa colaboración, sería imposible el control de esos flujos.”¹⁶² De hecho, integrantes de las fuerzas de seguridad española han indicado que la gendarmería marroquí es quien hace principalmente el control de los inmigrantes: es “el cuerpo hermano de la Guardia Civil”¹⁶³, teniendo ambos cuerpos policiales contactos diarios por teléfono, además de reuniones habituales.

Al mismo tiempo, existen graves denuncias de empleo desproporcionado e innecesario de la fuerza por los agentes de seguridad marroquíes contra los inmigrantes. Los tratos violentos, degradantes y vejatorios son moneda corriente en las inmediaciones de Ceuta y Melilla. Entre 2014 y 2015, Amnistía Internacional entrevistó a 15 inmigrantes y refugiados que trataron de cruzar las vallas fronterizas que rodean Melilla, los cuales afirmaron haber sido testigos de actos de violencia “por parte de los agentes de las Fuerzas Auxiliares Marroquíes: golpes

¹⁵⁹ Disponible en www.senado.es/web/expedientecblobservelet?legis=12&id=54176.

¹⁶⁰ *Eldiario.es*, 13 de enero de 2019.

¹⁶¹ *AgenciaEfe.com*, 03 de mayo de 2015.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Gadem y Migreurop, “Ceuta y Melilla. Centros de selección a cielo abierto a las puertas de África.”

con palos, patadas y pedradas.”¹⁶⁴ Asimismo, tres de ellos dijeron que habían recibido puñetazos y patadas de agentes de la Gendarmería cuando los apresaron cerca del mar en Fnideq, donde iban a subir a una embarcación en dirección a España. Por otra parte, frecuentemente la policía marroquí ejecuta redadas y detenciones arbitrarias en campamentos de inmigrantes, como los de Nador y Ujda. En entrevistas de Amnistía Internacional, 19 personas subsaharianas que habían vivido en el Monte Gurugú (campo de inmigrantes actualmente desmantelado) dijeron que había redadas al menos una vez a la semana, generalmente practicadas luego de los intentos masivos de saltos de la valla de Melilla.¹⁶⁵

Por otra parte, es inevitable prestar atención a la evolución de los principales acontecimientos que han marcado las devoluciones sumarias. En primer lugar, los primeros intentos masivos de entrada de inmigrantes por las fronteras de Ceuta y Melilla tuvieron lugar en septiembre y octubre de 2005. Si bien en los años inmediatamente anteriores existen casos de devoluciones hacia Marruecos¹⁶⁶, estas prácticas comenzaron a adquirir continuidad en dicho año. Así pues, el número de entradas irregulares en 2005 alcanzó los 5.566.¹⁶⁷ El saldo de estos saltos fueron al menos 14 muertos, pese a que hasta la fecha no ha sido posible determinar con exactitud el número de víctimas. Al mismo tiempo, el 6 de octubre de aquel año la Guardia Civil expulsó de facto a 73 inmigrantes subsaharianos.¹⁶⁸ Estas expulsiones recibieron numerosos reproches de organizaciones de la sociedad civil¹⁶⁹, como también del Defensor del Pueblo¹⁷⁰ y del ex Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Por la presión migratoria desencadenada en 2005, el Gobierno español, como se dijo, elevó la valla de Melilla hasta los seis metros e incorporó una sirga tridimensional. Tras el aumento de los controles, la emigración subsahariana se desplazó hacia el sur, principalmente a las

¹⁶⁴ Amnistía Internacional, “Miedo y vallas. Los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas”, 2015.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Por ejemplo, en 2003 un inmigrante del Congo apareció en el bosque de Bel Younech, en Marruecos, luego de haber sido expulsado de Ceuta; en 2004, en Melilla, un joven de Camerún fue detenido por la Guardia Civil después de bajar la valla; el 28 de diciembre de 2004 la Guardia Civil devolvió de hecho a un grupo de inmigrantes que se encontraban en el Colegio San Antonio de Ceuta. *Eldiario.es*, 05 de octubre de 2017.

¹⁶⁷ Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo, “Los limbos fronterizos de Ceuta y Melilla: excepcionalidad y resistencias”, en Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo (Eds.), *Estados de excepción en la excepción del Estado. Ceuta y Melilla*, ob cit., p. 32.

¹⁶⁸ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, “Derechos humanos en la Frontera Sur 2014”, 2014.

¹⁶⁹ La expulsión fue recurrida en el fuero contencioso administrativo por la Comisión de Ayuda al Refugiado, PRODEIN, Women’s Link Worldwide y SOS Racismo ante el juzgado de Melilla.

¹⁷⁰ Defensor del Pueblo, “Informe Anual 2005 y debate en las Cortes Generales”, 2005.

Islas Canarias, punto geográfico donde, a lo largo de 2006, llegaron numerosos cayucos y pateras. Las fronteras de Ceuta y Melilla recobraron una calma migratoria relativa. Asimismo, tras reacciones y críticas por los muertos y heridos en las vallas por culpa de las cuchillas, el ex Presidente José Luis Rodríguez Zapatero se comprometió a quitar las cuchillas en 2006, lo que, finalmente, ocurrió en 2007. Sin embargo, la concertina de Ceuta se ha mantenido en su totalidad, y en Melilla la sirga tridimensional sustituyó a las cuchillas que todavía se mantienen en la valla exterior. Cabe señalar que tres inmigrantes fallecieron en el asalto a la valla de Melilla en 2006, otros dos en 2009, y una persona en 2013. En octubre de 2013, el gobierno del entonces Presidente Mariano Rajoy decidió recolocar las cuchillas en las vallas de Melilla.

Otro de los hechos que pusieron a las devoluciones en caliente bajo el foco mediático en la prensa española e internacional y que despertó fuertes críticas sobre el comportamiento de la Guardia Civil lo constituyó la tragedia de la playa el Tarajal, ocurrida la madrugada del 6 de febrero de 2014 y donde murieron 15 personas. Aproximadamente 300 inmigrantes, que portaban flotadores y chalecos salvavidas, intentaron entrar a Ceuta por el mar. Las fuerzas de seguridad marroquíes lograron frenar a unas 100 personas. La mayoría de los inmigrantes se situaron en la zona marroquí del lado del espigón ubicado en la playa ceutí. Cuando comenzaron a nadar acercándose al sector español, la Guardia Civil comenzó a disparar balas de goma y arrojar materiales antidisturbios, como botes de humo y gas lacrimógeno. Asimismo, se devolvió a Marruecos a 23 personas de facto y sin identificación alguna. Por otra parte, de las pruebas recogidas en informes surge que no se tomaron medidas específicas para el salvamento de los inmigrantes, ni tampoco se les prestó auxilio médico a los que llegaron a la costa española.¹⁷¹ Sirva de ejemplo de la violencia referida lo declarado por un inmigrante camerunés:

Cuando he entrado en el agua, ha sido muy rápido. En el lado de Ceuta, en las rocas había al menos cinco guardias que tiraban al agua. Cuando he entrado en la desviación me han alcanzado dos balas, la primera en el pie y la segunda en la rodilla, que está inflamada. Me he batido como podía y he salido del

¹⁷¹ La secuencia y el detalle de los hechos se encuentra documentada con testimonios, imágenes y videos en el informe “Las muertes de Ceuta”, elaborado por *Eldiario.es*, disponible en <https://lasmuertesdeceuta.eldiario.es>.

agua, he llegado al lado de Ceuta. Estaba tirado en la playa y he recibido la tercera bala en la cara. Estaba muy inflamada la cara, el ojo cerrado, me dolía un montón.¹⁷²

En la esfera judicial, la tragedia ha recorrido un dilatado trayecto aún sin esclarecer. El mismo comienza cuando el Juzgado de Instrucción número 6 de Ceuta imputó a 16 guardias civiles.¹⁷³ Posteriormente, en octubre de 2015, la jueza decidió el archivo de la causa porque las circunstancias que se produjeron ese día “legitimaron el uso de material antidisturbios.”¹⁷⁴ En el auto, la jueza explicó que los agentes se vieron “obligados a emplearlo” en el ejercicio de sus funciones de protección de la frontera. Más adelante, en enero de 2017, la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta reordenó abrir la investigación. Un año después, se volvieron a archivar las actuaciones, esta vez bajo el fundamento de que “no aparece debidamente justificada la perpetración de los diferentes delitos que han dado motivo a la formación de la causa.”¹⁷⁵ Por último, en agosto de 2018, por segunda vez la Audiencia Provincial de Cádiz dispuso la reapertura del caso, porque entendió que el juzgado de Ceuta encargado de la instrucción “no ha agotado la investigación”¹⁷⁶, principalmente por haber descartado las pruebas testificales, ya que no se realizó el más mínimo intento de oír a los testigos propuestos y admitidos.

1.3. Justificación del Gobierno español: el concepto operativo de frontera

El justificativo jurídico-material mediante el cual el Gobierno ha pretendido revestir de un aura de legitimidad a las expulsiones en caliente lo constituye el concepto operativo de frontera, antaño desconocido en el ordenamiento jurídico español. Así, la Guardia Civil,

¹⁷² Asociación Caminando Fronteras, “Informe de análisis de hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta”, 2014. Según se desprende de las pruebas que recogió este informe, existe un vínculo indudable entre la actuación de la Guardia Civil y la muerte de los 15 inmigrantes. Por otra parte, un médico relató que “existieron elementos relacionados con la intervención de terceras personas (uso de pelotas de goma, botes de humo, creación de un ambiente de pánico y una situación de agotamiento de las personas) que pudieron contribuir de manera significativa como un elemento coadyuvante en el fallecimiento de estas personas.” *El País*, 02 de abril de 2015. Por el contrario, el Delegado de Gobierno de Ceuta aseguró que los inmigrantes se ahogaron y que la acción de la Guardia Civil “no influyó en absoluto en las muertes.” También afirmó que no se había utilizado material antidisturbios ni producido expulsiones sumarias, hechos que las imágenes y videos lo desmienten completamente. *El País*, 13 de febrero de 2015.

¹⁷³ *El País*, 11 de febrero de 2015. *El País* cuenta con una sección titulada “Tragedia de Tarajal”, en la cual lucen informes de prensa, imágenes, videos, discursos de los actores implicados, etc. La misma está disponible en https://elpais.com/tag/tragedia_tarajal/a.

¹⁷⁴ *El País*, 15 de octubre de 2015.

¹⁷⁵ *El País*, 26 de enero de 2018.

¹⁷⁶ *El País*, 31 de agosto de 2018.

fuerza de seguridad del Estado encargada de custodiar las vías de comunicación terrestres, costas, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones de las fronteras españolas, por imperativo de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad, procede a expulsar a los inmigrantes bajo la hipótesis de que no han accedido *efectivamente* al territorio español. Desde 2005 comenzó a delinearse dicho concepto y con los años no ha hecho sino consolidarse, hasta su expresa recepción en la LOPSC mediante la modificación de la LOEX que instituyó la Disposición Adicional Primera (en adelante, DA 10ª) por lo que, desde la sanción de la primera norma mencionada, el concepto operativo de frontera integra enteramente el derecho español. El problema, justamente, estriba en su coherencia con los tratados internacionales suscritos por España e, igualmente, con la Constitución y el resto de la normativa española.

Como primera cuestión, cabe señalar que el origen del concepto operativo de frontera estuvo dado por los acontecimientos del intento de asalto a las vallas acaecidos en 2005 ya relatados. El por entonces Ministro del Interior, en una comparecencia en el Congreso de los Diputados, si bien no lo mencionó expresamente, afirmó que la Guardia Civil procedía a rechazar en frontera “cuando están tratando de entrar ilegalmente en territorio nacional”¹⁷⁷ y luego agregó que hacía “énfasis en el tiempo que he utilizado, el gerundio: cuando están tratando de entrar.”¹⁷⁸ Seguidamente, declaró que “cuando han conseguido entrar se aplica la Ley de Extranjería y, por tanto, no son rechazados en frontera.”¹⁷⁹ Según esta aserción, no se entraría al territorio español en tanto no se superen las dos vallas de Ceuta y las tres de Melilla.

Ahora bien, el punto de inflexión que provocó la inserción del concepto operativo de frontera en el ordenamiento jurídico español fue la tragedia ocurrida en El Tarajal referida anteriormente. De manera similar a lo manifestado, Jorge Fernández Díaz, ex Ministro del Interior, en una presentación en el Congreso de los Diputados explicó con extensión y detalle su interpretación acerca del concepto operativo de frontera:

En este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea con la que el Estado, en una decisión libre y soberana, delimita a los solos efectos del régimen de extranjería, el territorio nacional, de tal forma que cuando los intentos de entrada ilegal llevadas a cabo por los inmigrantes a vanguardia de esta línea

¹⁷⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Interior, VIII Legislatura, Núm. 383, p. 25.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 25.

son contenidos y rechazados [...] no se produce ninguna entrada ilegal efectiva, la cual solo se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna, en cuyo caso alcanza el territorio nacional, y a éstos efectos queda totalmente sujeto al régimen general establecido por nuestra legislación en materia de extranjería.¹⁸⁰

Por otra parte, el concepto se receptó en la Orden 6/2014, de 11 de abril de 2014, emitida por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. En esta orden, que lleva por título “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, se estableció que, cuando los inmigrantes intentan acceder al territorio nacional, la entrada efectiva de éstos “se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna”¹⁸¹ y recién en ese momento queda sujeto a la normativa de extranjería. Antes de que se produzca este rebasamiento por parte del inmigrante, la Orden asegura, en términos exactamente iguales al discurso del ex Ministro del Interior, que “no se produce ninguna entrada ilegal efectiva.” (F.J. 2.7.) Consecutivamente, la Orden asevera que este concepto se “consolidó en 2005 con ocasión de los primeros asaltos a la valla de Melilla” (F.J. 2.7) y se ha “mantenido inalterable hasta la fecha.” (F.J. 2.7.) Por último, el concepto operativo de frontera sólo se aplicaría en las fronteras de Ceuta y Melilla y en ningún otro paso o puesto fronterizo del resto del país puesto que, como ha manifestado en una intervención el ex Ministro, “no se puede aplicar la ley de la misma manera que en el resto de España.”¹⁸²

Con todo, además de los discursos examinados y en la Orden de la Guardia Civil, donde se recogió expresamente el concepto operativo de frontera fue en la DA 10ª de la LOEX. Con ello, se le otorgó estatuto legal, hecho que genera una serie de problemas jurídicos de relevantes consecuencias, principalmente en lo atinente a la vulneración de determinados derechos de los inmigrantes. Si bien antes de su entrada en vigor el concepto no tenía respaldo jurídico ni lugar alguno en el derecho español y solamente se configuraba como una práctica regular y aceptada desarrollada por la Guardia Civil, con la modificación de la Ley el concepto operativo de frontera se inscribe en el núcleo de la regulación de las devoluciones

¹⁸⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, X Legislatura, Núm. 500, p. 6.

¹⁸¹ La Orden se encuentra transcrita en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, Diligencias previas del procedimiento abreviado 866/2014, F.J. 2.7.

¹⁸² *El Mundo*, 14 de febrero de 2014.

en las fronteras de Ceuta y Melilla. Así, es necesario dirigirse al punto 1 de la DA 10ª, que indica:

Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

De esta manera, la primera cuestión relevante digna de atención es la utilización vaga del verbo “intentar”: el espacio temporal de actuación de la Ley se desarrollaría mientras los inmigrantes pretenden, inician o preparan la ejecución del salto de los elementos de contención fronterizos, sin necesidad de que se llegue a consumir ningún ingreso efectivo en el territorio español. De igual manera a lo que señaló el entonces Ministro en 2005, el rechazo se produce cuando “están tratando de entrar.” En segundo lugar, respecto al ámbito material de aplicación del precepto, surgen varios puntos que es necesario esclarecer. El primero de ellos es la mención a los “elementos de contención fronterizos.” Actualmente, en Ceuta y Melilla estos puestos sólo están ubicados en la superficie terrestre, por lo que este nuevo procedimiento, en opinión de Martínez Escamilla y otros, “sólo resulta de aplicación en los supuestos de intento de acceso por vía terrestre.”¹⁸³ Por otro lado, las referencias a “cruzar irregularmente” e “impedir su entrada ilegal en España” despejan toda duda acerca del hecho de no haberse cruzado la frontera o de que no se haya producido la entrada en el territorio.

A raíz de ello, dicha normativa no resultaría susceptible de aplicación cuando el inmigrante sea interceptado en el mar, ya sea a nado o por patera, cayuco o cualquier tipo de embarcación, puesto que en las aguas no hay instalado ningún elemento de contención fronterizo. Al mismo tiempo, tampoco regularía el caso en que se intercepte al inmigrante cuando intente acceder a alguna isla, islote o porción de isla situada frente a Marruecos, como el Peñón de Vélez La Gomera, el Peñón de Alhucemas la isla Isabel II, la isla del Congreso o la del Rey, archipiélago que conforman las islas Chafarinas, todos estos espacios de soberanía española. En el caso que el inmigrante sea inmovilizado cuando ha descendido la valla interior, ya se encuentra en territorio español y, por ende, no hay dudas de que se le aplica la legislación de extranjería, cuyo procedimiento para este tipo de situaciones, como se explicará en las páginas siguientes, es la devolución (artículo 58 LOEX y 23 RLOEx).

¹⁸³ Proyecto I+D+Iusmigrante “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”, 13 de abril de 2015.

Por último, el caso controvertido se configura cuando el inmigrante está encaramado en alguna de las vallas o cuando se encuentra en el intervallado, esto es, el espacio que existe entre las dos vallas. Este sería el ámbito específico de aplicación del precepto. Sin embargo, es incompatible que resulte de aplicación en este supuesto dado que, como la estructura material del vallado está levantada en territorio español –y el Gobierno español nunca ha puesto en duda este hecho–, la Guardia Civil no puede rechazar de hecho a los inmigrantes encaramados en lo alto de la valla o en el intervallado porque la frontera ya ha sido traspasada y la entrada consumada. En este supuesto, la DA 10ª crea, como estima Julio González García, un “abanico de indeterminación”¹⁸⁴ que se concreta en que el rechazo no determina cuál es el ámbito territorial en el que se puede ejercer, ya que si es la parte exterior de la valla sería territorio marroquí y habría un problema de jurisdicción. A la par, si la parte interior de la valla ya es territorio español, la Guardia Civil debe actuar conforme el procedimiento de devolución previsto en la normativa de extranjería.

Expuesto el concepto operativo de frontera, ahora es momento de evaluar si se corresponde con el derecho interno e internacional sobre la materia. En primer lugar, como es sabido, la fijación de los límites territoriales entre los Estados es tarea propia del Derecho internacional público, en concreto de los tratados internacionales. En efecto, el principio según el cual las legislaciones de los Estados se aplican esencialmente en sus confines territoriales sigue conservando vigencia, aunque esta regla en el derecho de la globalización presente innumerables excepciones. Sea como fuere, respecto de los límites territoriales cabe apuntar que, en cuanto a Ceuta, se establecieron en los artículos II y III del Tratado de Paz de Tetuán suscrito en 1860.¹⁸⁵ En relación a Melilla, se fijaron en los artículos I y II del Convenio de Tetuán de 1859, que se confirmó en el posterior Tratado de Madrid, de 30 de octubre de 1861, consecuencia de la Guerra de África librada entre España y Marruecos donde resultó

¹⁸⁴ González García, Julio, “Expulsiones en caliente, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 196, enero-abril 2015, p. 322.

¹⁸⁵ Así, el artículo II del Tratado de Paz de Tetuán dispone que el Rey de Marruecos amplía el “territorio jurisdiccional de la plaza española de Ceuta hasta los parajes más convenientes para la completa seguridad y resguardo de su guarnición.” Seguidamente, el artículo III establece que el Rey de Marruecos cede a la Reina de España “en pleno dominio y soberanía el territorio comprendido desde el mar, siguiendo las alturas de Sierra Bullones hasta el barranco de Anghera.”

vencedora la primera, consignándose en 1862 un Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla.¹⁸⁶

Con este presupuesto, que determina la relación territorial entre España y Marruecos, se advierte de manera transparente que el concepto operativo de frontera colisiona directamente con los límites establecidos en el derecho internacional. Así, el Estado español no puede modificar por sí solo, a su libre arbitrio y unilateralmente o, como dijo el ex Ministro del Interior, a través de una “decisión libre y soberana”, la demarcación de las fronteras, aunque sea sólo a los efectos de extranjería: para alterarlas o modificarlas es necesario ajustarse a un procedimiento jurídico regulado por las disposiciones del Derecho internacional. Como bien señala Martínez Escamilla, “las fronteras no pueden ser determinadas de forma caprichosa *ad casu*.”¹⁸⁷ En particular, esta afirmación encuentra su fundamento en el artículo 96.1 de la Constitución Española, que dispone:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Desde otro ángulo, pareciera que la noción operativa de frontera se fundamenta, como apunta Melero Alonso, no en motivos jurídicos sino “en razones de eficacia”¹⁸⁸, esto es, razones instrumentales y operativas destinadas a blindar las fronteras frente a los intentos de entrada irregular. De la lectura del discurso del Ministro sale a la luz dicho objetivo. En la comparecencia en 2014 al Congreso de los Diputados, el Ministro del Interior aseguró que era “preciso diferenciar el concepto geográfico o topográfico del concepto jurídico político de frontera”¹⁸⁹, y prosiguió que éste último procede, a su vez, de la “*exigencia operativa de*

¹⁸⁶ El Acta de 1862 establece que la línea del territorio español fronterizo a Melilla “parte de un punto situado en la playa arenosa al Sur de la plaza, y distante de ella 2.900 metros, contados en dicho rumbo desde el Torreón de Santa Bárbara. Desde dicho primer punto se dirige con rumbo Norte 34° Oeste, en una extensión de 1.040 metros, en cuyo extremo cambia dirigiéndose al Norte y 86° Oeste en una extensión de 1.100 metros.” Por último, a raíz de una disputa por el territorio donde estaba emplazada la mezquita de Sidi Guarich, se levantó un Acta de replanteo de los límites jurisdiccionales de Melilla, firmada el 1 de mayo de 1891.

¹⁸⁷ Martínez Escamilla, Margarita, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico”, en Villena Higuera, José Luis (Coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera Sur*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 84.

¹⁸⁸ Melero Alonso, Eduardo, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla: un caso de derecho administrativo del enemigo”, ob. cit., p. 413.

¹⁸⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, X Legislatura, ob. cit., p. 8.

articular un control eficaz de la frontera y garantizar su impermeabilidad.”¹⁹⁰ Como se observa, para el otrora Ministro el concepto jurídico de frontera se subordina y cede ante las necesidades operativas y estrategias de la administración en aras a controlar eficazmente los flujos de inmigración irregular en Ceuta y Melilla, obviando las disposiciones del derecho internacional y de la normativa interna.

Respecto de este punto, el sometimiento del aspecto jurídico de frontera frente a las razones de eficacia difícilmente encaje con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución Española, el cual establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, como tampoco al 9.3. *in fine*, en el cual se lee que la Constitución garantiza “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” Más aún: el Tribunal Constitucional, en la STC 21/1997, de 10 de febrero, ha indicado que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y a la normativa interna no se limita al territorio español, sino que también despliega sus efectos en las actividades que realicen los empleados públicos en desempeño de sus cargos. En opinión del Tribunal Constitucional, cuando las autoridades españolas ejecutan funciones en alta mar —el caso versaba sobre el apresamiento de un buque que llevaba 2.000 kilos de droga—, esta actividad “no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.)” En consecuencia, la Guardia Civil queda obligada, cuando actúa en las fronteras de Ceuta y Melilla, al estricto cumplimiento de la normativa que conforma el orden jurídico español.

Por las razones vertidas, resulta manifiesto que como las fronteras se delimitan por las normas del derecho internacional y, al mismo tiempo, nacional, cualquier playa o lugar fronterizo, en este caso las aguas y las orillas ubicadas en Ceuta y Melilla, integran el territorio español y, por ende, quedan sujetas a su jurisdicción y se aplican sus leyes. El concepto operativo de frontera, actualmente juridificado en la DA 10ª de la LOEX, que consiste en asegurar que no se produce ninguna entrada efectiva en el territorio, es contrario tanto a los tratados internacionales suscritos por España como a la propia Constitución. En este sentido, ha de recordarse el artículo 8.1. del Código Civil, que recuerda que las “leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.”

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 8.

2. Régimen legal y hermenéutica judicial de las expulsiones en caliente

2.1. La Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015 modificatoria de la Ley de Extranjería 4/2000

Como se observó en las páginas anteriores, la LOPSC, al dotar de cobertura legal a los retornos en frontera producidos en Ceuta y Melilla y, con ello, al concepto operativo de frontera, instituyó un procedimiento diferente y específico para devolver a los inmigrantes irregulares a Marruecos. En este sentido, un examen atento y cuidadoso de la regulación legal y la interpretación judicial no puede eludir la cuestión de los derechos, esto es, qué derechos de los inmigrantes están en riesgo. Plantear la pregunta acerca de los derechos no es baladí, toda vez que el Estado español ha ratificado innumerables tratados internacionales de derechos humanos y, al mismo tiempo, ha consagrado una serie de garantías a nivel interno que amparan los derechos de los extranjeros. Pues bien, el objetivo del presente apartado radica en verificar si las devoluciones sumarias de Ceuta y Melilla son compatibles con el ordenamiento jurídico español.

Lo primero que se hace preciso señalar es que el procedimiento mediante el cual se incluyó la DA 10ª en la LOEX presentó visibles irregularidades. Por un lado, la modificación de la LOEX mediante una enmienda presentada por el Grupo parlamentario Popular careció de conexión material y jurídica con la LOPSC, puesto que el objeto de ésta última era regular lo relativo a la protección de la seguridad ciudadana y no aspectos de extranjería. Para Martínez Escamilla y más de una docena de prestigiosos juristas, ello supuso un uso abusivo del derecho de enmienda, dado que este derecho no permite introducir “*ex novo* un objeto de debate materialmente desconectado con la iniciativa legislativa ejercitada.”¹⁹¹ De hecho, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 119/2011, de 05 de julio.¹⁹² En segundo lugar, las enmiendas parlamentarias no se ven sometidas a los dictámenes técnicos que caracterizan la fase pre-legislativa de los proyectos de ley, como son los del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y el Consejo Fiscal (órganos que, como se

¹⁹¹ Proyecto I+D+i Iusmigrante, “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”

¹⁹² En palabras del Tribunal Constitucional: “la necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado se deriva, en primer lugar, del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto del texto enmendado (...) La enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa.” Cabe acotar que este punto fue objeto del recurso de inconstitucionalidad 2896/2015.

vio en el capítulo anterior, emitieron informes críticos sobre el Anteproyecto de la LOPSC). Asimismo, la utilización de enmiendas reduce al mínimo el debate parlamentario y la participación pública de los ciudadanos. Por último, desde un plano sustancial, se instituyó un nuevo régimen de devolución en materia de extranjería sin regular el procedimiento ni tampoco garantía jurisdiccional alguna tendente a su protección.

Dicho lo anterior, para observar el estado de los derechos de los extranjeros que intentan cruzar Ceuta y Melilla es necesario apuntar, en primer término, que el punto 2 de la DA 10^a decretó que el rechazo se realizará “*respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional*” de la que España es parte. La técnica legislativa es deficiente, puesto que huelga aclarar que los rechazos deben conformarse a los estándares internacionales de derechos humanos. Ninguna norma del ordenamiento español como tampoco ninguna actuación de la administración, en este caso de la Guardia Civil, puede eludir la normativa internacional de derechos humanos o ser contraria a ella. En este sentido, Melero Alonso ha intuido que, a raíz de esta disposición, al no hacer referencia alguna a los derechos reconocidos a los extranjeros en la Constitución Española, la DA 10^a presupone implícitamente el concepto operativo de frontera: “al no encontrarse en territorio español no se aplicaría el ordenamiento jurídico español sino la normativa internacional.”¹⁹³

Comoquiera que fuese, uno de los principales derechos vulnerados en las devoluciones exprés es el derecho a la tutela judicial efectiva, en todas sus dimensiones. En primer lugar, cabe hacer referencia a su regulación en el derecho comunitario. Así, el artículo 41.2.1) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE recoge dicho derecho en el marco del denominado “derecho a la buena administración”, en el cual se establece el derecho de toda persona “a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.” Por su parte, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) instituye el “derecho a un recurso efectivo”. Por último, el artículo 105 c) de la Constitución Española recoge el derecho a formular alegaciones en un procedimiento administrativo que, si bien estrictamente no integra el derecho a la tutela judicial efectiva, es un mandato constitucional material que persigue la garantía de audiencia

¹⁹³ Melero Alonso, Eduardo, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las expulsiones en caliente): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, ob. cit., p. 420.

del interesado en los procedimientos de actuación de la administración. Así pues, el mencionado artículo dispone que la Ley regulará “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

Concretamente, en materia de extranjería dicho derecho se encuentra contemplado en el artículo 20.1 de la LOEX: “*Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva*”, independientemente de la situación jurídica que revistan los inmigrantes, sean regulares o irregulares. Asimismo, el 20.2. dispone que los procedimientos administrativos en el ámbito de extranjería “*respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo*”, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. Por otra parte, cabe señalar el artículo 21.1, en el cual se consagra el derecho al recurso contra los actos administrativos. Una de las manifestaciones esenciales de la tutela judicial efectiva la conforma la asistencia jurídica gratuita, derecho normado en el artículo 22.1. En particular, la LOEX se encarga de reforzar este derecho, en su artículo 22.2, en los procedimientos administrativos “que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español”, como sucedería con las devoluciones de Ceuta y Melilla. Otra de las manifestaciones de la asistencia jurídica gratuita la constituye la asistencia de intérprete si el extranjero no comprende o habla la lengua oficial que se utilice.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, resulta notorio que, al expulsarse a los extranjeros de manera sumaria, esto es, de hecho y sin individualización alguna, la tutela judicial efectiva queda directamente cancelada, puesto que los inmigrantes no se encuentran en condiciones de reclamar algo que jurídicamente no tiene entidad, no existe en la realidad. En efecto, no se pueden impugnar las actuaciones materiales de la Guardia Civil cuando expulsa a los inmigrantes porque literalmente no constan en el plano jurídico: no hay acto administrativo que identifique a los inmigrantes, no se evalúa la situación jurídica personal y no pueden alegar, en el marco de un expediente administrativo, las razones fácticas y jurídicas que tienen frente a las fuerzas de seguridad; les está vedado ofrecer pruebas; no acceden a un traductor que traslade sus demandas ni, mucho menos, a un abogado que los defienda.

En consecuencia, los inmigrantes interceptados en las fronteras de Ceuta y Melilla están imposibilitados para reclamar, en sede judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que no hay actos administrativos previos. Asimismo, la DA 10ª no incluyó ninguna garantía jurisdiccional para controlar los retornos en frontera, pese a que creó, como se apuntó anteriormente, un procedimiento de devolución específico y diferenciado del mecanismo de la devolución de la LOEX (artículo 58) y el RLOEx (artículo 23). Contrariamente, el Defensor del Pueblo manifestó en 2016, en una de sus recomendaciones anuales, que debía desarrollarse

con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la Disposición adicional décima [...] que contemple la necesidad de dictar una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella. El propósito de esta recomendación es garantizar que la figura del rechazo prevista en el apartado primero de la citada Disposición tiene en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería.¹⁹⁴

Por otro lado, una de las recurrentes justificaciones esgrimidas por el Gobierno español para los rechazos en frontera ha sido el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de 1992. El presupuesto que fundamenta la readmisión de inmigrantes en tránsito ya sea de España a Marruecos o de Marruecos a España es la entrada efectiva en el territorio nacional de ambos países. Ahora bien, para solicitar la readmisión es necesario cumplimentar una serie de requisitos administrativos. En efecto, el artículo 1 requiere que cualquier Estado curse a las autoridades del otro Estado una “petición formal.” Consecutivamente, el artículo 2 exige que la solicitud de readmisión “se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad”, a la “documentación personal” poseída por el extranjero y a “las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente.” Por último, el mismo artículo dispone que, cuando la readmisión sea aceptada, se documentará mediante la expedición por las autoridades de frontera del Estado requerido “de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad.” Como se observa, este Acuerdo no permite inferir

¹⁹⁴ Defensor del Pueblo, “Informe anual 2015 y debate en las Cortes Generales”, 2016.

que se permiten las devoluciones de facto, puesto que para que proceda la readmisión es necesario ajustarse a un conjunto de exigencias administrativas.

Ahora bien, quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva, surge una pregunta capital: ¿Qué procedimiento, acorde con la normativa nacional e internacional, es el que debe seguir la Guardia Civil cuando intercepta a los inmigrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla? El procedimiento no es otro que el de la devolución. Primeramente, el artículo 58.3 LOEX regula la figura de la devolución, esto es, un procedimiento que no requiere expediente de expulsión para devolver a un extranjero. Uno de los supuestos causales de la devolución se configura cuando los inmigrantes “*pretendan entrar ilegalmente al país.*” En consonancia con este precepto, el artículo 23.1.b) del RLOEx establece que, a estos efectos, se considerarán incluidos “*a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.*” Los artículos que merecen especial atención son los artículos 23.2 y 23.3. En efecto, el primero de ellos determina que

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

Como se observa, la Guardia Civil se encuentra obligada a trasladar al Cuerpo Nacional de Policía a los inmigrantes que han intentado cruzar las fronteras de Ceuta y Melilla, a los fines de su identificación y, si corresponde, su devolución. Ahora bien, como toda la actuación de los órganos de la administración del Estado está sujeta a las normas administrativas, la devolución no puede, en ningún caso, realizarse de hecho: se requiere un expediente en el cual el Subdelegado de Gobierno, o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, dicte una resolución administrativa (23.1 RLOEx). Al mismo tiempo, en este supuesto, como ordena el artículo 23.3 del RLOEx, el extranjero sujeto a una devolución tendrá derecho a la “*asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen.*” En resumen, no es válido, como aprecian Martínez Escamilla y otros, “excepcionar a través de la figura del rechazo en

frontera los elementales principios constitucionales”¹⁹⁵ que han de informar la actuación de la administración española.

Directamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva, en las devoluciones exprés entra en escena la prohibición de expulsiones colectivas, principio ampliamente reconocido en el derecho internacional consuetudinario y receptado en innumerables instrumentos jurídicos.¹⁹⁶ Ahora sólo se hará mención al diseño normativo, puesto que se examinará con detenimiento en el marco de la sentencia *N.D. y N.T c. España*. En el ámbito europeo, consta en el artículo 19.1. de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, mientras que también ocurre lo mismo en el artículo 4 del Protocolo 4 del CEDH. De igual manera, la prohibición de expulsiones colectivas cuenta con una consolidada jurisprudencia de parte del TEDH que, con el correr de los años, ha llenado de contenido a dicho principio y fijado sus elementos característicos, como en los casos *Conka c. Bélgica*, *Hirsi Jamaa c. Italia* y *Georgia c. Rusia*, entre otros.

El punto determinante para saber cuándo existe una expulsión colectiva y cuándo no es, primero, el “examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo”¹⁹⁷ y, segundo, tomar “en consideración las circunstancias que rodean la decisión de la expulsión”¹⁹⁸, puesto que en ocasiones se dictan expulsiones con iguales fundamentos para todos los miembros del grupo. Es notorio que en las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla ambos requisitos no se cumplen: no se identifica a los inmigrantes de manera individual ni, mucho menos, se dictan órdenes administrativas de expulsión, dado que se los expulsa de hecho.

¹⁹⁵ Proyecto I+D+i Iusmigrante, “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”

¹⁹⁶ Por ejemplo, en el ámbito latinoamericano el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros. En el ámbito de Naciones Unidas, el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el extranjero sujeto a un proceso de expulsión podrá exponer las razones que lo asistan, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. Por último, cabe señalar el artículo 22.1 y siguientes de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, en el cual se establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.”

¹⁹⁷ Solanes Corella, Ángeles, “Contra la normalización de la ilegalidad. La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 36, 2017, p. 201.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 201.

Otro de los derechos ostensiblemente lesionados es el de asilo. En relación a este derecho, la nueva regulación de las expulsiones en caliente dispone que las solicitudes de protección internacional “*se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos*”, y también que “se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.” Es necesario observar la correspondencia de este artículo con el resto de la normativa nacional e internacional sobre el asilo vigente en España y, al mismo tiempo, analizar qué ocurre en la práctica con dicho derecho en las fronteras de Ceuta y Melilla, toda vez que daría la impresión de que la DA 10ª sería una mera declaración de principios.

En el plano del derecho comunitario, el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE garantiza el derecho de asilo. A nivel internacional, se encuentra consagrado en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de Ginebra en 1951 y en el Protocolo de Refugiados de Nueva York de 1967, ambos instrumentos de los cuales España es parte puesto que los ratificó en 1978. En el ámbito del derecho interno, la Constitución Española consagra el derecho de asilo en el artículo 13.4. Si bien no es un derecho fundamental, según el Tribunal Constitucional, reviste la calidad de “mandato constitucional” (STC 53/2002, de 27 de febrero). En efecto, el 13.4 prescribe que “*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.*”

Al mismo tiempo, el desarrollo concreto de dicho derecho se encuentra en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Esta ley, además de regular el derecho de asilo, instituyó la figura del derecho a la protección subsidiaria. Así, el artículo 4 define este derecho como la protección dispensada a las personas no comunitarias y apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, “pero respecto de las cuales se den motivos fundados” para creer que, si regresasen a su país de origen, “*se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves*”, tales como torturas o tratos degradantes, amenazas, pena de muerte o la ejecución de la persona (artículo 10).

En consideración al lugar de la presentación de la solicitud de asilo, el artículo 16.1 de la Ley 12/2009 habilita a que se efectúe en todo el territorio español, pues determina que las personas “nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen

derecho a solicitar protección internacional en España.” En tanto, el artículo 21 regula la presentación de las solicitudes de asilo en los puestos fronterizos. Por otra parte, el punto 2 del artículo 16 asegura el derecho a la asistencia sanitaria y jurídica gratuita mientras dure la tramitación del procedimiento. A continuación, el punto 3 del mismo artículo afirma que la presentación de la solicitud “conllevará la *valoración de las circunstancias determinantes del reconocimiento*” de la condición de refugiado, así como de la concesión de la protección subsidiaria. Es importante señalar que, como apunta Melero Alonso, el ejercicio del derecho de asilo no está supeditado a la condición de regularidad del inmigrante en el territorio español.¹⁹⁹

En las devoluciones sumarias resulta evidente la vulneración del derecho de asilo y protección subsidiaria de los inmigrantes. En primer lugar, porque se torna materialmente imposible presentar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria, ya que la Guardia Civil, al expulsar de manera inmediata a los inmigrantes, no valora las condiciones individuales de cada uno, que pueden ser refugiados o proclives de sufrir graves riesgos por la devolución. En este sentido, las devoluciones sumarias despersonalizan absolutamente a los inmigrantes que intentan cruzar las fronteras, puesto que entre ellos puede haber, y efectivamente, las hay, situaciones jurídicas subjetivas diversas que requieren especial protección por parte del Estado: además de refugiados y apátridas, hay mujeres embarazadas, menores no acompañados, víctimas de tráfico de personas, etc. Esta despersonalización elimina de raíz el trato específico que se le dispensa a los sujetos y grupos en situación de extrema vulnerabilidad, principio receptado en sendos tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

Como indica la redacción de la DA 10ª, uno de los objetivos que persiguió dicha normativa fue el de limitar la petición de asilo a los puestos fronterizos habilitados. De hecho, así lo dejó en claro el ex Ministro del Interior en 2015, cuando aseguró que quedará claro que “aquellas personas que intentan entrar ilegalmente no son personas que en principio tengan

¹⁹⁹ Melero Alonso, Eduardo, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las expulsiones en caliente): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, ob. cit., p. 417. Naturalmente, el Estado puede denegar las solicitudes de asilo por falta de competencia o por falta de requisitos, ya sea en el territorio español o en los puestos fronterizos, pero en todos los casos de denegación la autoridad competente debe hacerla mediante resolución motivada con su correspondiente notificación (artículos 20 y 21 de la Ley 12/2009), como así también el solicitante puede presentar una petición de reexamen (21.4).

derecho a esta petición de asilo.”²⁰⁰ Sin embargo, ello supone negar el funcionamiento real de los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, debido a que para acceder a dichos puestos es imprescindible traspasar los controles migratorios efectuados en territorio marroquí, y difícilmente las autoridades de Marruecos van a dejar pasar a los inmigrantes en situación irregular. Esta situación la ha constatado el Defensor del Pueblo en un Informe emitido en 2016, donde afirma que, además de que los puestos fronterizos no han paliado los problemas “ante la imposibilidad de acceso a dichas oficinas de los potenciales solicitantes subsaharianos”²⁰¹, no se ha recibido

ninguna solicitud de protección internacional de ciudadanos subsaharianos en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla. Los intentos de entrada por puestos no habilitados y la formalización de solicitudes de protección internacional de aquellos que consiguen entrar, permiten afirmar que este colectivo no tiene acceso al puesto fronterizo y, por tanto, no tiene acceso al procedimiento.²⁰²

En segundo lugar, a pesar de que desde 2015 hasta la fecha se han abierto oficinas gubernamentales en Ceuta y Melilla para que los inmigrantes puedan presentar las solicitudes de asilo, el simple hecho de no haberse formalizado la solicitud en tales puestos fronterizos, no implica, como sostienen Martínez Escamilla y otros, que quien sea interceptado cruzando la valla “quede inhabilitado o desposeído del derecho a solicitar asilo”²⁰³, conforme el artículo 16.1, que habilita a su petición en la totalidad del territorio español. En efecto, si los inmigrantes encaramados en las vallas o interceptados se encuentran en territorio español — como ya se mostró cuando se analizó el concepto operativo de frontera— y, al mismo tiempo, si están bajo jurisdicción española por el control efectivo que tienen las fuerzas de seguridad del Estado, no cabe negar la posibilidad de presentar la solicitud de asilo o protección

²⁰⁰ *EuropaPress.com*, 09 de febrero de 2015.

²⁰¹ Defensor del Pueblo “Estudio sobre el asilo en España: La protección internacional y los recursos del sistema de acogida”, 2016.

²⁰² *Ibíd.* En igual sentido así lo ha manifestado la ex Defensora del Pueblo, ya que en una intervención pública afirmó que la oficina de asilo de Ceuta está “sin estrenar” y destacó que la “tramitación sufre una lentitud muy grande en su respuesta a una demanda tan elevada.” Asimismo, Helena Maleno, de la organización Caminando Fronteras, declaró que “a ningún africano le han permitido pedir asilo en las oficinas de frontera de Ceuta y Melilla.” *Público.es*, 20 de agosto de 2017. Por último, en un informe realizado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), se puso de relieve las dificultades para solicitar asilo. Según el Informe: “desde que estalló el conflicto en el Rif en Marruecos, se han registrado en Ceuta dos peticiones de asilo. Pese a que en marzo de 2015 se inauguró una oficina de asilo en el puesto fronterizo de El Tarajal en Ceuta, desde su creación, no se ha presentado ninguna petición de asilo, peticiones que deberían tramitarse por el procedimiento en frontera.” Comisión Española de Ayuda al Refugiado, “Los muros invisibles en la Frontera Sur”, 2017.

²⁰³ Proyecto I+D+i Iusmigrante, “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”

internacional “en cualquiera de los modos que habilita la normativa española y no sólo en las oficinas del puesto fronterizo.”²⁰⁴

2.2. Sentencia *N.D. y N.T. contra España*

La sentencia *N.D. y N.T. c/ España*, dictada por el TEDH el 03 de octubre de 2017, constituye el más importante antecedente judicial sobre las devoluciones en caliente.²⁰⁵ Adelantando el resultado, la sala tercera del TEDH condenó a España, por unanimidad, con base en el artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo N° 4. Actualmente, el caso se encuentra bajo estudio en la Gran Sala por la interposición de un recurso por parte del Estado español. La última palabra del TEDH aún no se hizo pública, pero se estima que se conocerá prontamente. En cuanto a los hechos, el caso tuvo su origen en demandas que entablaron dos jóvenes, uno de Mali y otro de Costa de Marfil. Las expulsiones de los demandantes se produjeron el 13 de agosto de 2014 cuando, junto a un grupo de entre 75 y 80 inmigrantes subsaharianos, intentaron cruzar la frontera de Melilla.

Primeramente, los demandantes invocaron que España conserva la incuestionable y absoluta jurisdicción sobre el puesto fronterizo de Melilla. Este punto ataca directamente la noción del concepto operativo de frontera ya expuesta. De hecho, el Gobierno español la alegó en el caso, ya que en su opinión los demandantes, al no conseguir superar el vallado, no habrían entrado en territorio español. En esta instancia, siguiendo la línea interpretativa vertida en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*²⁰⁶, el TEDH declaró que desde el momento en que hay un control sobre los demás “se trata en estos casos de un control *de iure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados.” (Fundamento 54). Así, mientras que los agentes

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ Una de las pruebas de esta relevancia queda en evidencia con la intervención del Comisariado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, que tomó parte en el procedimiento y realizó sendas alegaciones, como así también la ACNUR, la CEAR, Amnistía Internacional y otras organizaciones. Asimismo, actualmente existen dos casos pendientes de resolver por el TEDH, *Doumbe Nnabuchi c. España* y *Balde y Abel c España*. La diferencia entre ambas demandas y *ND y NT c. España* es que invocan el art. 3 CEDH (prohibición de la tortura), ya que alegan malos tratos por parte de la Guardia Civil y de las fuerzas de seguridad de Marruecos cuando efectuaron las devoluciones.

²⁰⁶ En *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, sentencia trascendental sobre las expulsiones colectivas, la policía italiana embarcó de hecho y sin identificación alguna a 200 inmigrantes que intentaron llegar a la costa italiana. El TEDH entendió que Italia tenía la plena jurisdicción sobre las aguas territoriales. En efecto, debía respetar los derechos de los inmigrantes, aunque no estuvieron en su territorio, tales como garantizar un recurso efectivo, la no expulsión colectiva y, fundamentalmente, el principio de no devolución, ya que los inmigrantes corrían el riesgo de sufrir malos tratos en sus países de origen.

estatales operen de facto, ejerzan la autoridad continua y exclusiva, ya sea dentro del territorio o en las fronteras, es imposible cuestionar la jurisdicción estatal. Igualmente, el TEDH recordó, como se puso de relieve páginas atrás, que la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los correspondientes tratados internacionales, por tanto, “no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho.” (Fundamento 53).

A los fines de acreditar la condición de víctima, según lo exige el artículo 34 del CEDH²⁰⁷, los demandantes sustentaron que en los elementos probatorios que reunieron acerca de su presencia en el intento de salto a las vallas, tales como videos, grabaciones, testigos e informes de organizaciones no gubernamentales, se demostraba de manera suficiente que estaban presentes en el momento de los hechos controvertidos. A la par, arguyeron que la imposibilidad de aportar más pruebas se debió, justamente, a la negativa de la Guardia Civil a identificarlos. Por el contrario, el Gobierno español opuso como excepción que los jóvenes inmigrantes no pudieron revestir la condición de víctima, en tanto no se probó que ambos jóvenes fueron efectivamente los que participaron del intento de cruzar el puesto fronterizo de Melilla. El TEDH consideró acreditada la condición de víctima, visto que las pruebas sobre su presencia fueron verosímiles, y ratificó el reclamo de los inmigrantes: si no fueron identificados fue, ante todo, porque la Guardia Civil no procedió a su individualización.

La carencia de individualización abre la puerta para analizar uno de los argumentos principales puestos en juego en el presente caso, vinculado al artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH, el que reza: “*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas.*” En primer lugar, el Gobierno alegó su inaplicabilidad, puesto que las expulsiones deben realizarse cuando los inmigrantes se encuentran dentro del territorio (en esta afirmación subyace, implícitamente, negar su jurisdicción y, como se observó en el párrafo anterior, el TEDH rechazó esta tesitura). Asimismo, dijo que intentaron entrar ilegalmente, en vez de formular las respectivas solicitudes en los lugares habilitados, por ejemplo, en los Consulados de Mauritania y Marruecos, en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, o conseguir un contrato laboral en España. En paralelo, no controlar las fronteras favorecería a las mafias de traficantes de personas y

²⁰⁷ El artículo 34 prescribe que el TEDH podrá conocer de las demandas interpuestas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de personas que se considere “víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes.”

produciría el ya analizado “efecto llamada” con funestas consecuencias no sólo para España sino también para el conjunto de la Unión Europea (Fundamentos 68-79).

Por su lado, los demandantes impugnaron las afirmaciones del Gobierno, puesto que aseguraron que el puesto de Beni-Enzar era inaccesible y que la complejidad de la gestión de los flujos migratorios no habilita a ejecutar prácticas materiales incompatibles con el CEDH. Ahora bien, el fundamento crucial en la argumentación de los demandantes es la expulsión colectiva, esto es, la alegación de que el Gobierno expulsó a un grupo de no nacionales del territorio nacional sin la previa individualización de las circunstancias (Fundamentos 84-85). En atención a ello, el TEDH consideró que se violó el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH. Como se apuntó páginas atrás, la clave para interpretar y evaluar cuándo existe una expulsión colectiva es la carencia de comprobación previa de la identidad y las circunstancias personales de cada persona que compone el grupo. En palabras del TEDH (Fundamento 107), en este caso

las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. En ningún momento han sido objeto los demandantes de procedimiento alguno. La cuestión de garantías suficientes que acreditan una consideración real y diferenciada de las circunstancias de cada una de las personas afectadas ni siquiera se plantea en este asunto, en ausencia de todo examen de las circunstancias individuales de los demandantes.

Al mismo tiempo, la otra norma ventilada fue el artículo 13 del CEDH, que establece el “*derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional*” y que entra en inmediata relación con el artículo analizado precedentemente. Ciertamente, los demandantes denunciaron la total obstrucción para acceder a un recurso con efectos suspensivos ante las autoridades españolas, la ausencia de asistencia jurídica y lingüística. El Gobierno, al no considerar violado el artículo 4 del Protocolo 4, alegó que no existe una vulneración del artículo 13. Para el TEDH (al acreditarse que los demandantes no accedieron a ningún tipo de procedimiento administrativo o judicial y fueron expulsados de facto) resultó evidente que se les privó de la posibilidad de interponer un recurso sobre sus solicitudes —de asilo o de protección internacional— antes de ser deportados a sus respectivos países. En este sentido, el TEDH aseguró, como lo hizo en los casos *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* y *Khlaifia y otros*, que el recurso exigido por el artículo 13 “debe ser efectivo en la práctica como en derecho.” (Fundamento 114).

A primera vista, la condena del caso *N.D. y N.T. c. España* pareció implicar, y así se reflejó en la prensa española e internacional, el cese de las devoluciones en caliente y la corrección de la política migratoria española en la Frontera Sur, difícilmente compatible con los compromisos jurídicos internacionales asumidos por España. La relevancia de la sentencia debe calibrarse en este contexto, dado que, como apunta José Sánchez Tomás, supone el “enjuiciamiento de la política española en el control de sus fronteras terrestres extracomunitarias.”²⁰⁸ Sin embargo, durante 2018 se siguieron efectuando centenares de expulsiones, por lo que España hizo caso omiso al pronunciamiento del TEDH. Si bien la actual administración ha expresado su intención de derogar la DA 10ª de la LOEX, también ha asegurado que continuará con las expulsiones: el Ministro del Interior dijo que España no cesará con las expulsiones en caliente hasta que no conozca la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo.²⁰⁹

2.3. Derecho de excepción: las devoluciones sumarias como un supuesto de derecho administrativo del enemigo

A esta altura de la investigación, se ha mostrado la selectividad con la que opera el poder punitivo de la administración y la consecuente suspensión del derecho que se produce en las devoluciones de Ceuta y Melilla. En efecto, en estos lugares el derecho se subordina a la actuación de la administración española motivada por razones de seguridad y de eficacia para controlar los flujos migratorios irregulares. Es momento de efectuar el último paso argumentativo a los fines de observar cómo, en el contexto de un estado de excepción “de facto”²¹⁰, se practican un conjunto de prácticas administrativas orientadas por una lógica propia del derecho del enemigo. En ambas fronteras se abre un espacio donde los inmigrantes subsaharianos y magrebíes son tratados como enemigos por la Guardia Civil con una violencia sin constricciones alejada de los principios y obligaciones que informan al

²⁰⁸ Sánchez Tomás, José Miguel, “Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 65, enero-marzo 2018, p. 3.

²⁰⁹ *Eldiario.es*, 04 de agosto de 2018.

²¹⁰ Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo, “Los limbos fronterizos de Ceuta y Melilla: excepcionalidad y resistencias”, en Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo (Eds.), *Estados de excepción en la excepción del Estado. Ceuta y Melilla*, ob cit., p. 36.

derecho internacional de los derechos humanos, en general, y la Constitución española y la normativa de extranjería, en particular.

En primer lugar, es válido interpretar las devoluciones en caliente como la constitución, para utilizar la terminología de Agamben, de la “técnica normal de gobierno”²¹¹ que ejecuta España respecto de los flujos migratorios irregulares en la Frontera Sur. Es decir, una política que, desde sus inicios en 2005 –aunque existan casos de años anteriores–, perdura en el tiempo y en el espacio. Estas devoluciones se han convertido en una práctica regular, aceptada y legitimada por las instituciones del Estado, al punto que recibieron estatuto legal en 2015. Con este panorama, el paradigma securitario que prevalece en Ceuta y Melilla ya no se colocaría como temporal y pasajero. Si el estado de excepción se define, tal se explicitó en el primer capítulo, como la suspensión temporal del orden jurídico, lo sucedido en ambas fronteras deja de ser transitorio y tendería a adquirir el rango de permanente. La violencia que ejerce la Guardia Civil se legitima mediante la instauración de la anomia, abriendo el espacio para una *tierra de nadie*, un no lugar o un vacío de derecho, en el cual la aplicabilidad del contenido garantista del derecho se suspende, aunque siga conservando, formalmente, su vigencia. Como apunta Javier de Lucas, Ceuta y Melilla constituyen “la vanguardia de una opción por un cierto estado de excepción permanente.”²¹²

En este escenario, los derechos de los inmigrantes ya no pueden ser garantizados: la producción de un espacio de excepción impide el ejercicio de los derechos humanos de las personas que intentan cruzar ambas fronteras y, al mismo tiempo, le permite a la administración española escapar del paraguas que vincula al Estado de las limitaciones impuestas por el derecho internacional. Conviene recordar nuevamente una de las tesis de Agamben, en cuanto el estado de excepción “eventualmente”²¹³ puede o no ser declarado en sentido técnico, puesto que la materialización del derecho de excepción ocurrida en Ceuta y Melilla no cuenta con ninguna ley o declaración gubernamental que así lo disponga. Pese a que la DA 10ª de la LOEX declara expresamente que se respetarán los derechos humanos de los inmigrantes, se observó cómo éstos se ven notoriamente vulnerados. El aspecto garantista

²¹¹ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, ob. cit., p. 11.

²¹² De Lucas, Javier, “Muertes en el Mediterráneo: inmigrantes y refugiados. De infrasujetos de derecho a amenazas para la seguridad”, *Quaderns de la Mediterrania*, Núm. 22, 2015, p. 273.

²¹³ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, ob. cit., p. 11.

del derecho resulta clausurado por una violencia que ignora en el “exterior el derecho internacional”²¹⁴ y, a la par, funda “en el interior un estado de excepción permanente.”²¹⁵

En este contexto concurren las notas típicas del derecho administrativo del enemigo. En primer lugar²¹⁶, el adelantamiento de la intervención administrativa resulta palmario: se elude el procedimiento administrativo de devolución establecido en el artículo 58 LOEX y 23 RLOEx —en los cuales se deben confeccionar expedientes que cuentan con una serie de derechos—, en aras del rechazo inmediato y expeditivo de los inmigrantes cuando intentan cruzar las fronteras: prima la racionalidad política del rechazo anticipado respecto del ejercicio de los derechos de los inmigrantes. En segundo lugar, si bien la devolución de hecho no es, en sentido estrictamente jurídico, una sanción, las consecuencias fácticas, jurídicas y simbólicas se asemejan a las de sanciones y, como se evidenció, en ocasiones se agravan: los inmigrantes corren graves riesgos de ser objeto de tratos degradantes, torturas y una violencia inusitada por parte de las fuerzas de seguridad marroquíes cuando son devueltos, y pueden verse sometidos a riesgos severos para su vida o integridad física en los países de origen (a causa de guerras civiles, hambrunas, persecuciones políticas, etc., situaciones que, en el presente, son frecuentes en el continente africano).

En tercer lugar, tanto la regulación normativa, esto es, la DA 10ª de la LOEX, como las actuaciones materiales realizadas por la Guardia Civil, son instrumentos de combate destinados a reprimir e inocular a determinados sujetos (los inmigrantes irregulares subsaharianos y magrebíes). En cuarto lugar, la disminución y el despojo de las garantías jurídicas de los inmigrantes resulta evidente, toda vez que, como se observó en los apartados anteriores, se impide el ejercicio del derecho de asilo, se vulnera la prohibición de expulsiones colectivas y, fundamentalmente, se viola el derecho a la tutela judicial efectiva: se coarta la asistencia letrada al igual que la médica, no se individualiza ni se examina la situación personal mediante actos administrativos, se les niega la posibilidad de alegar, de aportar pruebas y de acceder a un traductor. El extremo definitivo del menoscabo de este derecho es la imposibilidad de plantear nada ante un juez nacional. En quinto y último lugar,

²¹⁴ *Ibíd.*, p. 126.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 126.

²¹⁶ El análisis de las cinco características desde la perspectiva del derecho administrativo del enemigo continúa el esquema del artículo de Melero Alonso “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las expulsiones en caliente): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, *ob. cit.*, p. 429.

queda clara la identificación de un grupo de enemigos externos o potenciales agresores al ordenamiento jurídico español.

Al normativizar y legalizar las expulsiones en caliente mediante la LOPSC, el Estado español incorporó prácticas y elementos propios de la legislación de excepción. En este sentido, según Melero Alonso, las devoluciones en caliente, al constituir un supuesto de derecho administrativo del enemigo, se sitúan “en un ámbito intermedio entre el derecho aplicable en las situaciones de normalidad y el derecho del estado de excepción.”²¹⁷ De esta manera, la legislación de la situación de normalidad “está incorporando elementos que son más propios del derecho de las situaciones excepcionales.”²¹⁸ En opinión de Juan Ramón Capella, se estaría, como se expresó en el primer capítulo, ante un “estado de excepción atenuado personalizado”²¹⁹, donde ciertos derechos (en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho de asilo) son negados por la administración española.

Por otro lado, la colocación del inmigrante en una situación propia del estado de excepción salta a la vista: además del despojo de sus derechos, se le excluye del ordenamiento jurídico español y es segregado de su comunidad política de origen, puesto que la mayoría de las veces retornar a sus países de origen es aún más peligroso que subir al vallado instalado en Ceuta y Melilla. Mediante el binomio ajenidad-pertenencia, el inmigrante es expulsado del orden jurídico pero, al mismo tiempo, lo integra, puesto que es objeto de las medidas jurídicas explicitadas y de complejos dispositivos de control sobre la libertad de movimiento. Cabe recordar la estructura topológica del estado de excepción, que consiste en un “estar-fuera y, no obstante, pertenecer.”²²⁰

Conjuntamente, parecería que los inmigrantes que intentan cruzar las fronteras de Ceuta y Melilla son seres humanos sin atributos jurídicos, arquetipos por excelencia de la nuda vida. Sus derechos no están protegidos por ninguna autoridad estatal reconocida que interceda ante los poderes extranjeros, ya sea España, Marruecos u otro Estado africano. A pesar de que en

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 430.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 430.

²¹⁹ Capella, Juan Ramón, “Un estado de excepción atenuado personalizado”, en *Grandes esperanzas. Ensayos de análisis político*, ob. cit., p. 42.

²²⁰ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, I*, ob. cit., p. 55.

octubre de 2017 el TEDH condenó a España, eso no impidió que se produzcan centenares de devoluciones sumarias durante el 2018. Podría sugerirse que la forma de vida del inmigrante no es relevante para el poder soberano. En palabras de Agamben: “es como si su existencia física hubiese sido separada de su estatuto jurídico.”²²¹ De acuerdo con esto, quedan a expensas del amparo ocasional de la asistencia humanitaria proveída por organismos internacionales y del apoyo constante y desinteresado de organizaciones de la sociedad civil. Si se recuerdan las muertes sucedidas en octubre de 2005 o las de la madrugada del 6 de febrero de 2014 en la playa del Tarajal –hechos cuya responsabilidad penal y administrativa aún no ha sido esclarecida y sigue impune–, entonces la hipótesis de la nuda vida cobra sentido.

Este capítulo puso de relieve la política migratoria llevada adelante por España en la Frontera Sur desde 2004 hasta la fecha, política que consiste en “externalizar” las fronteras exteriores con la anuencia del Gobierno marroquí. Seguidamente, se precisó el significado de las devoluciones sumarias, concepto que implica la devolución de facto de la Guardia Civil sin atenerse al procedimiento administrativo de devolución establecido en la normativa de extranjería. Por otra parte, se analizó la justificación del Gobierno español para legitimar las expulsiones en caliente, estrategia que viene dada por el concepto operativo de frontera. Dicho concepto, originado en 2005, adquirió estatuto legal mediante la nueva regulación instituida por la LOPSC, la cual modificó la LOEX. En este sentido, se cuestionó la legalidad de esta reforma por su no correspondencia con el sistema internacional de derechos humanos y el resto de normativa interna, como dejó fuera de toda duda el TEDH en la sentencia *N.D. y N.T. contra España*. Por último, se argumentó que las devoluciones en caliente constituyen un supuesto de derecho administrativo del enemigo, que encuentra su espacio en una estructura propia que responde a las características del estado de excepción, y donde ciertos derechos son suspendidos por el poder gubernamental: el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho de asilo.

²²¹ Link, Daniel, “Entrevista con Giorgio Agamben”, *Jumaada Al-Thaany*, Núm. 137, 2001, p. 1.

Conclusiones

Como toda investigación exige un punto final, es momento de concluir el trayecto argumentativo recorrido, aunque eso no implique que la tarea interpretativa se cierre, puesto que las conclusiones son, en cierto sentido, provisionales. Tal como se observó en las páginas precedentes, el objetivo del presente trabajo consistió en observar la ejecución de un derecho de excepción en relación a los flujos migratorios. Para ello se indagó, en primer lugar, el estatuto que reviste la excepcionalidad en la nueva normalidad del derecho a raíz de los acontecimientos del 11-S y de la crisis financiera de 2008, hechos que han generado una nutrida reflexión filosófica que busca explicar la incorporación de elementos propios de los estados de excepción en los ordenamientos jurídicos. Seguidamente, se destacó la necesidad de atender algunos cambios operados en la globalización, puesto que Agamben no presta la debida atención a las dinámicas económicas. Posteriormente, se hizo hincapié en el derecho penal en la medida en que ha incorporado con especial intensidad la excepcionalidad. Así, se trabajó con la doctrina del derecho penal del enemigo, que explica, desde una perspectiva realista, el ejercicio del poder punitivo en la actualidad. En tanto, se visualizaron algunos países que han adoptado legislaciones de combate, tales como Estados Unidos, Inglaterra, Francia o España.

En paralelo a la ubicación del terrorista como enemigo, se categorizó otro grupo de personas como peligroso: el inmigrante irregular o sin papeles. Para someter a prueba esta hipótesis, se analizó la lógica jurídica, política y simbólica mediante la cual los Estados consideran a los inmigrantes como enemigos de hecho o no personas, para recordar la metáfora de Alessandro Dal Lago. La individualización del inmigrante como *otro* radicalmente ajeno, hostil y amenazador hacia el orden social y los valores morales suministra legitimidad comunicacional, política e institucional para que los Estados ejecuten una serie de medidas jurídicas excepcionales. A la par, se atendió, siguiendo el planteamiento expuesto en el primer capítulo, a la relación entre derecho penal y economía, debido a que la política criminal resulta afín a las reglas del capitalismo neoliberal. En este vínculo, la estrategia de los Estados consiste en utilizar la mano de obra precaria y barata que proveen los inmigrantes y, al mismo tiempo, en instaurar férreos dispositivos de control sobre la libertad personal y los derechos individuales. En tanto, el poder punitivo opera sobre los inmigrantes con una

destacada selectividad: la utilización de la prisión preventiva en mucho mayor medida que en el caso de los ciudadanos, el escaso acceso a la libertad condicional, la identificación por perfiles raciales, etc., son algunos de los casos en los cuales se visualiza dicha selectividad.

En vista de lo anterior, se argumentó que, si el inmigrante irregular expresa un riesgo y una alarma para el orden social, no es casual que una de las medidas principales sea la expulsión del territorio nacional, medida que tiene como objetivo suprimir y neutralizar dicha peligrosidad. La expulsión, que en el ordenamiento jurídico español está tipificada como una infracción administrativa, en vista de sus consecuencias materialmente se asemeja a un delito. Por otra parte, el modelo penal, basado en una filosofía de corte securitaria, ha desembarcado parcialmente en el ámbito del derecho administrativo sancionador, concretamente a través de la seguridad ciudadana. Para ilustrarlo se mostró la inserción de las categorías del derecho penal del enemigo en el ámbito administrativo en relación a la LOPSC (como la mayoría de los autores que han echado mano a la categoría derecho administrativo del enemigo). Eso permitió observar ejemplos donde concurren algunas características tales como el adelantamiento de la punibilidad, la desproporcionalidad de las sanciones, la identificación de ciertos sujetos como enemigos (activistas políticos, toxicómanos, etc), o la mengua de determinados derechos, especialmente los de reunión, la libre asociación y la libertad de expresión.

En el último capítulo se explicaron las devoluciones sumarias realizadas en las fronteras de Ceuta y Melilla. Primeramente, se contextualizó la política migratoria española, que ha consistido en lo que se denomina “externalización de las fronteras”: co-responsabilizar a terceros Estados mediante la extensión del control de los flujos migratorios. En relación a España, Marruecos cumple un papel prioritario. Una de las herramientas principales a través de la cual se ejerce dicha externalización son las devoluciones sumarias, actuaciones donde la Guardia Civil deporta de facto a inmigrantes irregulares subsaharianos a las autoridades marroquíes. Además, se señaló que el Gobierno español, de 2005 en adelante, no ha confeccionado estadísticas y solamente en 2018 publicó los números de devoluciones realizadas, pero sólo respecto de los años 2017 y el propio 2018.

Al mismo tiempo, se examinó la justificación de las devoluciones sumarias hecha por el Gobierno español, cimentada a través del concepto operativo de frontera. Con ello se pudo

comprobar la no correspondencia de dicho concepto en el contexto normativo español, en concreto con los tratados internacionales que fijan los límites entre España y Marruecos y con la Constitución Española y la LOEX. El paso ulterior que se dio fue el de observar la vulneración y la suspensión de los derechos de los inmigrantes interceptados, con particular atención al derecho de la tutela judicial efectiva, la prohibición de las expulsiones colectivas y el derecho de asilo. La violación de estos derechos estuvo confirmada por la sentencia *N.D. y N.T. contra España* del TEDH, importante antecedente judicial que, sin embargo, no ha logrado corregir la política migratoria española en Ceuta y Melilla. Finalmente, se interpretó que las devoluciones en caliente representan un caso o supuesto de derecho administrativo del enemigo, que se despliega en un espacio de excepción, debido a que la Guardia Civil ejerce una violencia que desconoce las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y, también, las del ordenamiento jurídico español.

En este sentido, la intención de la investigación ha sido modesta, aunque, al mismo tiempo, ambiciosa: detectar un ámbito fáctico y jurídico concreto en el cual el poder estatal procede a identificar a una serie de personas como especialmente peligrosas, dispensándolas un tratamiento que remite a la lógica del enemigo. En consecuencia, se les aplica un conjunto de medidas que responden a los parámetros de un derecho excepcional difícilmente adecuables a los propios del Estado constitucional de Derecho, esto es, a un orden jurídico del cual se predica la normalidad, la previsibilidad, la seguridad jurídica, la coherencia con el derecho internacional y la garantía de los derechos en sede jurisdiccional. Cabe recordar que una de las características básicas del estado de excepción es el creciente protagonismo de los poderes de las fuerzas de seguridad y, concurrentemente, la mengua de la actuación garantista del poder judicial.

Por otra parte, señalar las arbitrariedades, las injusticias y las violaciones de los derechos de los inmigrantes, adoptando una postura especialmente crítica sobre el estado real de las cosas, no es únicamente un ejercicio negativo, sino que también es un trabajo interpretativo que pretende señalar los defectos jurídicos existentes para que los derechos se garanticen y se vuelvan efectivos allí donde no lo son (tarea irrenunciable del jurista que problematiza –o, por lo menos, intenta problematizar– el derecho). Simultáneamente, en cuanto al derecho administrativo del enemigo, si bien es una categoría novedosa y se ha utilizado de forma minoritaria, posee una potencia conceptual crítica para investigar diversos ámbitos en los

cuales la actuación del poder punitivo de la administración pública procede de manera selectiva. No obstante, ahondar en el estudio de sus presupuestos, límites, ejemplos fácticos y consecuencias requiere de otra investigación más extensa.

Por otro lado, ¿cuál es el porvenir de las devoluciones sumarias? Sin pretender hacer elucubraciones futuras ni adelantar hechos, es posible, mediante la identificación de dos cuestiones cruciales, vislumbrar la situación de las devoluciones y su eventual eliminación de la política migratoria española, por su manifiesta incompatibilidad con las garantías de los derechos humanos. La primera cuestión, y más importante, tiene que ver con el TEDH. La Gran Sala del TEDH tiene la facultad de determinar, de manera definitiva, que las expulsiones en caliente son ilegales y el Estado debería modificar la política migratoria en las fronteras de Ceuta y Melilla. Sería deseable que la decisión de la Gran Sala que, en línea de principio, debería publicarse prontamente, ratificase el fallo de la sala tercera. Esta intuición se fundamenta en el camino sustentado desde hace años por el TEDH sobre las expulsiones colectivas, concretamente en los casos *Conka c. Bélgica*, *Hirsi Jamaa c. Italia* y *Georgia c. Rusia*.

La segunda cuestión capaz de enmendar el paraguas a través del cual el Gobierno español legitima las devoluciones es el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896/2015, pendiente de resolver en el Tribunal Constitucional. Este recurso, como se apuntó en el segundo capítulo, impugnó sendos artículos de la LOPSC. Entre ellos, la Disposición Final Primera que instauró el “Régimen especial de Ceuta y Melilla” y que introdujo la DA 10ª en la LOEX. En esta circunstancia, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional dicho precepto y, por consiguiente, eliminar la norma del sistema jurídico español. Otra de las posibilidades es que el Gobierno actual encare, en la XIII Legislatura recientemente constituida, una reforma o impulse la derogación de la DA 10ª.

Mientras tanto, hasta que ello no ocurra, conviene insistir en que el procedimiento al que debe ajustarse la Guardia Civil es el de la devolución, conforme al artículo 58.3 LOEX y al 23 RLOEx. Así pues, cuando un extranjero intenta acceder al territorio español por un puesto no habilitado como los de Ceuta y Melilla, las fuerzas de seguridad deben conducir a los extranjeros a las oficinas del Cuerpo Nacional de Policía, a los fines de proceder a su identificación y, en el caso que corresponda, a su devolución: bajo un procedimiento

administrativo en el cual se dicte una resolución y se aseguren el derecho a la tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica y a la asistencia de un intérprete si no conoce la lengua, que serán gratuitos si el extranjero carece de recursos económicos. Como la actuación de los órganos de la administración del Estado está sujeto a reglas, la devolución no puede realizarse de hecho. Es injustificable jurídicamente la actividad de la Guardia Civil que pretende evadirse de los preceptos normativos constitucionales a través de la figura del rechazo en frontera.

Finalmente, las devoluciones sumarias sacan a la luz la enorme desigualdad y asimetría de poder, riqueza y niveles de vida entre la UE y África, entre el Norte y el Sur. Ciertamente, en el telón de fondo de esta división se observa, por un lado, a la ciudadanía europea, que goza de amplios derechos subjetivos, con instituciones estables para su protección, libertad de circulación por el espacio Schengen, sin sometimiento a regímenes dictatoriales u opresivos, con una calidad de vida elevada, etc. Por otro lado, a los inmigrantes subsaharianos y magrebíes, que se desplazan y huyen de sus países por causas la mayoría de las veces involuntarias –contrariamente al frecuente discurso que afirma que las migraciones son voluntarias y motivadas por razones exclusivamente económicas–, debido a los rigores del hambre y de la miseria, a enfermedades endémicas, catástrofes alimentarias, persecuciones políticas, guerras civiles, Estados fallidos en los cuales las autoridades son ineficaces para proteger los derechos –piénsese en Líbano, Libia, Somalia o el Congo–. Los inmigrantes ven limitadas, cuando no resignadas y canceladas, sus capacidades y potencias individuales, su acción política, sus deseos colectivos y la búsqueda de un mejor plan de vida.

En 1964, Pier Paolo Pasolini escribió un poema titulado “Profecía”, dedicado a Jean-Paul Sartre, en el que, con una lucidez difícil de superar, anticipó el presente de la inmigración africana hacia Europa:

Alí de los ojos azules,
uno de los muchos hijos de hijos,
llegará desde Argelia, en barcos
de vela y remo. Con él vendrán
miles y miles de hombres de cuerpo menudo y los ojos
de perro pobre de sus padres,
en lanchas varadas en los Reinos del Hambre. Traerán con ellos a sus niños,

y el pan y el queso, en los papeles amarillos del Lunes de Pascua.
En las trirremes robadas en los puertos coloniales, traerán a sus abuelas y a sus asnos.²²²

²²² Pasolini, Pier Paolo, “Profecía”, en *Poesía en forma de rosa*, Visor Libros, Madrid, 1982, p. 103.

Bibliografía

Libros y artículos científicos

- Agamben, Giorgio, *El uso de los cuerpos. Homo sacer IV, 2*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2018.
- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Pretextos, Valencia, 2010.
- Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pretextos, Valencia, 2010.
- Balibar, Etienne, *La igualibertad*, Herder, Barcelona, 2017.
- Balibar, Etienne, *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Barkat, Sidi, *Le corps d'exception. Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Éditions d'Amsterdam, Paris, 2005.
- Beck, Ulrich, "Estado de excepción económico", *El País*, 29 de octubre de 2008.
- Brown, Wendy, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Malpaso, Barcelona, 2015.
- Brown, Wendy, *Estados amurallados, soberanía en declive*, Herder, Barcelona, 2015.
- Cancio Meliá, Manuel y Pozuelo Pérez, Laura (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Arazandi, Pamplona, 2008.
- Campederrich Bravo, Ramón, "Leviatán nos mira. Comentario crítico de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana", *Revista mientras tanto*, 23 de junio de 2015.
- Capella, Juan Ramón, "Un estado de excepción atenuado personalizado", en *Grandes esperanzas. Ensayos de análisis político*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 39-42.

- Dal Lago, Alessandro, *Non-persone. L'esclusione dei migrante in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.
- Daunis Rodríguez, Alberto, *El derecho penal como herramienta de la política inmigratoria*, Editorial Comares, Granada, 2009.
- De Lucas, Javier, "Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración", *Sociologia del Diritto*, Núm. 2, 2004, pp. 23-34.
- De Lucas, Javier, *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- De Lucas, Javier, "Muertes en el Mediterráneo: Inmigrantes y refugiados, de infrasujetos de derecho a amenazas para la seguridad", *Quaderns de la Mediterrania*, N° 22, 2015, pp. 272-277.
- Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2012.
- Esposito, Roberto, "Enemigo, extranjero, comunidad", en Cruz, Manuel (Comp.), *Los filósofos y la política*, Fondo de cultura económica, México D.F., 1999, pp. 69-84.
- Esposito, Roberto, "La perspectiva de lo impolítico", *Nombres. Revista de Filosofía*, Núm. 15, 2000, pp. 47-58.
- Estévez Araujo, José Antonio, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.
- Estévez Araujo, José Antonio y Messina, Giovanni (Eds.), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, 2015.
- Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Ferrer-Gallardo, Xavier y Gabrielli, Lorenzo (Eds.), *Estados de excepción en la excepción del Estado. Ceuta y Melilla*, Icaria, Barcelona, 2018.

- Fernández Bessa, Cristina (Ed.), *Contornos bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, Anthropos, Barcelona, 2010.
- Fernández Bessa, Cristina, Ortuño Aix, José María y Manavella Suárez, Alejandra, “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en Puente Aba, Luz María (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 225-258.
- Fernández Bessa, Cristina y Brandariz García, José Ángel, “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica. El giro gerencial del dispositivo de deportación”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Vol. 4, 2016, pp. 1-14.
- Foucault, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979)*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2007.
- Fraenkel, Ernst, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Gabrielli, Lorenzo, “La externalización europea del control migratorio ¿La acción española como modelo?”, *Anuario CIDOB de la Inmigración 2017*, Núm. 2, pp. 126-152.
- Giménez Merino, Antonio, “El nomos del soberano privado. La recomposición supraestatal de la soberanía y las nuevas formas de regulación jurídica”, en Soares de Moura, A. (ed.): *Democracy, justice and exception: The Kelsen-Schmitt debate reloaded in the XXI Century*, Initia Via, Belo Horizonte, 2015, pp. 1-13.
- Giménez Merino, Antonio, “Legitimar a través de la eficacia, normalizar la desigualdad”, en Pilatti, Adriano, Soares de Moura, Andityas y Duarte Costa Corrêa, Murilo (Coords.), *O estado de exceção e as formas jurídicas*, Editora UEPG, Paraná, 2017, pp. 129-151.

- González García, Julio, “Expulsiones en caliente, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, Nº 196, Madrid, enero-abril 2015, pp. 309-329.
- Gordillo, José Luis, “Globalización, terror, derechos”, en *Nostalgia de otro futuro. La lucha por la paz en la posguerra fría*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 83-92.
- Gordillo, José Luis, “Leviatán sin bridas. Sobre la demolición controlada de las instituciones mentales que limitan el uso estatal de la fuerza”, en Estévez Araujo, José A. (Ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 61-95.
- Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Navarra, 2006.
- Jakobs, Gunther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 93-116.
- Kant, Immanuel, “Contestación a la pregunta ¿Qué es la ilustración?”, en *Kant. Tomo II*, Gredos, Madrid, 2010, pp. 3-9.
- Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- Link, Daniel, “Entrevista con Giorgio Agamben”, *Jumaada Al-Thaany*, Núm. 137, 2001, pp. 1-5.
- López Sala, Ana y Godenau, Dirk (Coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Anthropos, Barcelona, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa, “La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las clases peligrosas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 17-12, pp. 1-56.

- Marramao, Giacomo, *La pasión del presente. Breve léxico de la modernidad-mundo*, Gedisa, Barcelona, 2011.
- Martínez Escamilla, Margarita, “Devoluciones en caliente. Un análisis jurídico”, en Villena Higuera, José Luis (Coord.), *Derechos humanos y justicia universal en la frontera Sur*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 77-96.
- Melero Alonso, Eduardo, “El derecho administrativo del enemigo como categoría general de análisis del derecho administrativo”, en *Libro homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Thomson Reuters, Navarra, 2018, pp. 389-410.
- Melero Alonso, Eduardo, “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las expulsiones en caliente): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 174, octubre-diciembre 2015, pp. 401-435.
- Monclús Masó, Marta, “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 330-347.
- Monclús Masó, Marta, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- Monclús Masó, Marta y Brandariz García, José Ángel, *Políticas y prácticas de control migratorio*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco, *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, Ubijus, México D.F., 2010.
- Oliver Olmo, Pedro (Coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.
- Pasolini, Pier Paolo, “Profecía”, en *Poesía en forma de rosa*, Visor Libros, Madrid, 1982, pp. 99-105.

- Paye, Jean-Claude, *El final del Estado de Derecho. La lucha antiterrorista: del estado de excepción a la dictadura*, Hiru, Guipúzcoa, 2008.
- Presno Linera, Miguel Ángel, “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 34, 2014, p. 269-292.
- Presno Linera, Miguel Ángel, “La expansión del Derecho administrativo sancionador securitario (análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana)”, en *Actas del III Coloquio binacional México-España, Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2017, pp. 583-605.
- Portilla Contreras, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- Portilla Contreras, Guillermo, “El regreso del concepto de seguridad del Estado como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE.UU.”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 43, 2009, pp. 93-115.
- Portilla Contreras, Guillermo, “Terroristas como no-personas del Derecho. ¿Es delito la tortura de presuntos terroristas?”, *Revista mientras tanto*, 23 de noviembre de 2014.
- Rando Casermeiro, Pablo, “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 1, 2010, pp. 1-27.
- Rivera Ortega, Ricardo, “La nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: ¿Estado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, junio 2015, pp. 11-16.
- Terradillos Basoco, Juan, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en Rodríguez Mesa, María Jose y Ruiz Rodríguez, Luis Ramón (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 39-68.

- Sánchez Tomás, José Miguel, “Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 65, enero-marzo 2018, pp. 1-39.
- Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control?: la soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991.
- Schmitt, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009.
- Silveira Gorski, Héctor, “Estados expulsores y semi personas en la Unión Europea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, Vol. 1, septiembre, 2011, pp. 1-21.
- Silveira Gorski, Héctor (Ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Solanes Corella, Ángeles, “Contra la normalización de la ilegalidad. La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 36, 2017, pp. 195-225.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Minorías y poder punitivo”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Vol. 7, Extraordinario, diciembre 1994, pp. 83-92.
- Zamora, José Antonio, “Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción”, *Revista Arbor*, Vol. CLXXX, Mayo-junio 2005, pp. 53-66.
- Zapata Barrero, Ricard y Zaragoza Cristiani, Jonathan, “Externalización de las políticas de inmigración en España: ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y de flujos migratorios?”, *Panorama Social*, Núm. 8, 2008, pp. 186-195.
- Zizek, Slavoj, *La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror*, Anagrama, Barcelona, 2016.
- Zizek, Slavoj, “Un permanente estado de excepción económica”, *New Left Review*, Núm. 64, 2010, pp. 80-89.

- Zugaldía Espinar, José Miguel (Dir.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Informes

- Amnistía Internacional España, “En tierra de nadie. La situación de las personas refugiadas y migrantes en Ceuta y Melilla”, noviembre de 2016.
- Amnistía Internacional España, “España/Ley Mordaza: Una media de 80 multas diarias contra la libertad de expresión”, noviembre de 2018.
- Amnistía Internacional España, “Perfiles raciales y control de la inmigración en España”, 2011.
- Amnistía Internacional, “Miedo y vallas. Los planteamientos de Europa para contener a las personas refugiadas”, noviembre de 2015.
- Asociación Caminando Fronteras, “Informe de análisis de hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 06 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta”, 2014.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, “Derechos humanos en la Frontera Sur 2014”, 2014.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, “Derechos humanos en la Frontera Sur 2018”, 2018.
- Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), “Actitudes hacia la inmigración (X)”, Núm. 3190, septiembre 2017.
- Consejo General del Poder Judicial, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana”, marzo de 2014.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado, “Los muros invisibles en la Frontera Sur”, 2017.
- Defensor del Pueblo, “Informe sobre el estudio sobre el asilo en España: La protección internacional y los recursos del sistema de acogida”, 2016.

- Defensor del Pueblo, “Informe Anual 2005 y debate en las Cortes Generales”, 2005.
- Defensor del Pueblo, “Informe anual 2015 y debate en las Cortes Generales”, 2016.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Interior, VIII Legislatura, Núm. 383.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, X Legislatura, Núm. 500.
- Eldiario.es, “Las muertes de Ceuta”, disponible en <https://lasmuertesdeceuta.eldiario.es/home.html>.
- El País, “Tragedia de Tarajal”, disponible en https://elpais.com/tag/tragedia_tarajal/a.
- Gadem y Migreurop, “Ceuta y Melilla, centros de selección a cielo abierto a las puertas de África”, diciembre 2015.
- Proyecto I+D+Iusmigrante “Rechazos en frontera: ¿Frontera sin derechos?”, 13 de abril de 2015.
- Organización Internacional de Migraciones, “Mediterranean Update. 01 de mayo de 2018 y 16 de noviembre de 2018”, disponible en <https://www.iom.int/es/news/se-contabilizan-103347-llegadas-y-2054-muertes-en-el-mediterraneo-en-2018>.

Sentencias

- Sentencia de 23 de abril de 2015, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- *N.D. y N.T. contra España*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STC 21/1997, de 10 de febrero.
- STC 53/2002, de 27 de febrero.
- STC 236/2007, de 07 de noviembre.
- STC 119/2011, de 05 de julio.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014.